

Die wirtschaftsrechtliche Problematik des zweigleisigen Vertriebs durch Hersteller preisgebundener Markenartikel

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
(Dr. rer. pol.)

an der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen - Nürnberg
Nürnberg

Vorgelegt von: Andreas Stöhr
Aus : Lichtenfels

1969

Die wirtschaftlichen Probleme des
zwölften Jahrhunderts durch Handel
und Gewerbe



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die wirtschaftsrechtliche Problematik des zweigleisigen Vertriebs durch Hersteller preisgebundener Markenartikel

Inaugural - Dissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
(Dr. rer. pol.)**

**an der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen - Nürnberg
Nürnberg**

Vorgelegt von: Andreas Stöhr

Aus : Lichtenfels

Die wirtschaftsrechtliche Problematik des
zweifelhafte Verfalls durch Hinzunahme
preisgebundener Maßnahmen

Referent: Professor Dr. jur. Johann Georg Helm
Korreferent: Prof. Dr. Fritz Klein-Blenkers
Tag der mündlichen Prüfung: 23. Juli 1969

Referent: Professor Dr. jur. Johann Georg Helm
Korreferent: Prof. Dr. Fritz Klein-Blenkers
Tag der mündlichen Prüfung: 23. Juli 1969

V o r w o r t

Meinem verehrten Lehrer,
Herrn Prof. Dr. jur. Johann Georg Helm,
bin ich für die vielen wertvollen Anregungen
sowie für das mir stets gewährte Wohlwollen
zu aufrichtigem Dank verpflichtet.

Mein Dank gilt ferner Herrn Dr. Jacob-Steinorth,
Justitiar der Firma Kodak, Stuttgart, und
Herrn Dr. Christl, Leitender Regierungsdirektor
im Bundeskartellamt, für zahlreiche Hinweise
und Ratschläge bei der Bearbeitung des
Themas.

Nürnberg, im Februar 1969

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	III
Abkürzungsverzeichnis	XVI
A. Begriff, Wesen und Erscheinungsformen des zweigleisigen Vertriebs	1
I. Der zweigleisige Vertrieb von Markenwaren - Begriff und Abgrenzung	1
1. Der Begriff "zweigleisiger Vertrieb von Markenwaren"	1
2. Abgrenzung	2
a) Zweigleisiger Vertrieb und Marken- artikelvertrieb über mehrere Absatz- wege	2
b) Zweigleisiger Vertrieb und Preis- spaltung	3
c) Zweigleisiger Vertrieb und autonome Handelsmarkenpolitik	4
d) Zweigleisiger Vertrieb im engeren Sinn (sprachliche Abgrenzung)	4
II. Das Wesen des zweigleisigen Vertriebs	4
1. Der zweigleisige Vertrieb als Sonderfall der Produktdifferenzierung	5
a) Der Begriff der Produktdifferenzierung	5
b) Arten der Produktdifferenzierung	5
c) Unterschiedliche Verbraucherpräferenzen bei unterschiedlicher Markierung der Ware	6
2. Der zweigleisige Vertrieb als Sonderfall der Preisdifferenzierung	8
a) Der Begriff der Preisdifferenzierung	8
b) Zweck der Preisdifferenzierung	10
c) Der zweigleisige Vertrieb als "Preis- differenzierung nach Verbraucherprä- ferenzen"	10
III. Erscheinungsformen des zweigleisigen Ver- triebs	11
1. Unterscheidung nach dem Urheber des zwei- gleisigen Vertriebs	12
a) Vom Hersteller ausgehende Preisspaltung	12
b) Vom Händler ausgehende Preisspaltung	12

	Seite
2. Unterscheidung nach der Markierung der "Zweit-Gleis-Ware"	13
a) Herstellermarke und anonyme Ware	13
b) Herstellermarke und Handelsmarke	13
c) Standardmarke und Zweitmarke	14
d) Standardmarke und Marke einer Tochter-firma	14
e) Herstellermarke und Herstellermarke	14
f) Hausmarkensystem	15
3. Unterscheidung nach der Intensität der Einflußnahme auf die Wiederverkaufs-preise	15
4. Unterscheidung nach der Preishöhe	16
5. Unterscheidung nach dem Absatzweg	16
 B. Empirischer Teil	 18
I. Einzelne praktische Fälle des zweigleisigen Vertriebs	18
II. Der zweigleisige Vertrieb aus der Sicht des Markenartikelherstellers (Ergebnisse einer zum zweigleisigen Vertrieb durchgeführten Unternehmerbefragung)	24
III. Der zweigleisige Vertrieb aus der Sicht des Verbrauchers (Ergebnisse einer zum zweiglei-sigen Vertrieb durchgeführten Verbraucher-befragung)	31
 C. Wirtschaftswissenschaftlicher Teil	 35
I. Betriebswirtschaftliche und absatzpolitische Aspekte des zweigleisigen Vertriebs	35
1. Vorteile	35
a) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Ausweitung der Absatzorganisation	35
a ₍₁₎ Die Abwanderung des Marken-artikels	36
a ₍₂₎ Vertikale Preisbindung und Handel	37
b) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Umsatzausweitung	39
b ₍₁₎ Erschließung neuer Käufer-schichten	39

	Seite
b ₍₂₎ Partizipationseffekt des zweigleisigen Vertriebs	41
b ₍₃₎ Zweigleisiger Vertrieb und Sortiment des Händlers	42
b ₍₄₎ Forcierung der Herstellermarke durch den Handel	43
c) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Bekämpfung von Absatzschwierigkeiten	44
d) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Verhinderung von Überbeschäftigung	47
e) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Senkung des betrieblichen Kostenniveaus	48
e ₍₁₎ Optimale Auslastung der Kapazitäten	48
e ₍₂₎ Einsparungen im Vertriebsbereich	49
e ₍₃₎ Der Einfluß der Auftragsgröße auf die Kostengestaltung	50
e ₍₄₎ Der Einfluß der Bestellgröße auf die Kostengestaltung	52
f) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Bekämpfung der Konkurrenz	53
f ₍₁₎ Kampfmarke und Sortiment des Händlers	54
f ₍₂₎ Egalisierung von Markterfolgen der Konkurrenz	55
f ₍₃₎ Handelsmarkenaufträge	55
f ₍₄₎ Ausschaltung vorhandener Mitbewerber	56
f ₍₅₎ Verhinderung des Auftretens neuer Mitbewerber	56
g) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Erforschung der Verbrauchermeinung	57
2. Nachteile	58
a) Absatzzrückgang bei der Standardmarke	58
a ₍₁₎ Substitutionseffekt	58
a ₍₂₎ Übermäßige Preisdifferenz zwischen Markenartikel und "Zweit-Gleis-Ware"	60
a ₍₃₎ Verminderung des Kaufrisikos beim Nicht-Markenartikel	61
a ₍₄₎ Reduzierung der Abnahmemengen der traditionellen Händlerabnehmer	62
a _(4/1) Verschlechterung des Wettbewerbsklimas	62

	Seite
a _(4/2) Sortenschwemme	63
a ₍₅₎ Enttäuschung der Verbraucherschaft	63
b) Revision des Markenartikelpreises	64
c) Gefahr der wirtschaftlichen Abhängigkeit	64
d) Beschränkung des Produzenten auf die Herstellfunktion	65
e) Verschlechterung der Ertragslage der Unternehmung	66
f) Rechtliche Schwierigkeiten	67
3. Ergebnis	67
II. Gesamtwirtschaftliche Aspekte des zweigleisi-Vertriebs	69
1. Vorteile	69
a) Auflockerung erstarrter Preissysteme	69
b) Stärkere Differenzierung des Angebots	71
c) Schutz mittelständischer Markenartikelhersteller	71
d) Steigerung der volkswirtschaftlichen Gesamtnachfrage	72
e) Aktivierung der Zahlungsbilanz	73
2. Nachteile	75
a) Verminderung der Markttransparenz	75
b) Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuerebene	76
c) Etablierung einer gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigten Preisbindung	76
d) Ausweitung des preisgebundenen Markenartikels	77
3. Ergebnis	77
D. Wirtschaftsrechtlicher Teil	79
I. Bedenken gegen den zweigleisigen Vertrieb in kartellrechtlicher Hinsicht	79
1. Zweigleisiger Vertrieb und § 17 GWB	79
a) Zweigleisiger Vertrieb und mißbräuchliche Handhabung der vertikalen Preisbindung (§ 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB)	80
a ₍₁₎ Der Mißbrauchs begriff des § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB	80

	Seite
a(2) Zur Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB beim zweigleisigen Vertrieb	83
a(3) Zweigleisiger Vertrieb und Täuschung der Verbraucherschaft	84
a(3/1) Stellungnahme des Bundeskartellamtes und der Literatur	84
a(3/2) Eigene Stellungnahme	87
a(3/21) Grad des Bekanntseins des zweigleisigen Vertriebs	87
a(3/211) Der wirtschaftlich aufgeschlossene Verbraucher	87
a(3/212) Der wirtschaftlich nicht aufgeschlossene Verbraucher	89
a(3/2121) Bedeutung der Absatzwege	90
a(3/2122) Bedeutung des einheitlichen Marktes	92
a(3/2123) Bedeutung des Faktors Zeit	92
a(3/22) Reaktion der Verbraucherschaft beim Bekanntwerden des zweigleisigen Vertriebs	93
a(3/221) Allgemeines Bekanntwerden des zweigleisigen Vertriebs	94
a(3/222) Spezielles Bekanntwerden des zweigleisigen Vertriebs	95
a(3/2221) Befriedigung des Geltungsbedürfnisses	95
a(3/2222) Marktstellung des Markenartikels	97
a(3/2223) Kaufrisiko	99
a(3/3) Ergebnis	99
a(4) Zweigleisiger Vertrieb und Gefährdung des Markenartikelwesens	101
a(4/1) Stellungnahme der Literatur	101
a(4/11) Schutz des Markenartikelwesens als Ziel der Freistellung des § 16 GWB	101
a(4/12) Auswirkungen des zweigleisigen Vertriebs auf die Marktstellung des Markenartikels	102
a(4/2) Eigene Stellungnahme	103
a(4/21) Kritische Stellungnahme zur Kosiek'schen Auslegung des § 16 GWB	103

		Seite
a(4/22)	Kritische Stellungnahme zur Völp'schen Behauptung der Gefährdung des Markenartikelwesens durch den zweigleisigen Vertrieb	104
a(4/3)	Ergebnis	106
a(5)	Zweigleisiger Vertrieb und Lückenlosigkeit der vertikalen Preisbindung	106
a(5/1)	Die unterschiedlichen Stellungnahmen der Literatur	107
a(5/2)	Eigene Stellungnahme	109
a(5/21)	Zweigleisiger Vertrieb und Lückenhaftigkeit des Preisbindungssystems	109
a(5/211)	Der Begriff der Lückenlosigkeit	109
a(5/2111)	Der Begriff der Lückenlosigkeit im engeren Sinn	110
a(5/2112)	Der Begriff der Lückenlosigkeit im weiteren Sinn	110
a(5/2113)	Eigene Stellungnahme zum Begriff der Lückenlosigkeit	111
a(5/212)	Die Lückenlosigkeit der vertikalen Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb	112
a(5/2121)	Gleichmäßige Ein- und Durchführung der vertikalen Preisbindung	113
a(5/2122)	Der Gesichtspunkt der ungleichen Wettbewerbslage	113
a(5/21221)	Voraussetzungen für eine Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferenebene	114
a(5/212211)	Getrennte Absatzwege	114
a(5/212212)	Einheitlicher Markt	115
a(5/21222)	Ungleiche Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferenebene vor Bekanntwerden des zweigleisigen Vertriebs bei der Verbraucherschaft	115
a(5/21223)	Ungleiche Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferenebene nach Bekanntwerden des zweigleisigen Vertriebs bei der Verbraucherschaft	119
a(5/22)	Die lückenhafte vertikale Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb als mißbräuchlich gehandhabte Preisbindung (§ 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB)	120
a(5/221)	Notwendigkeit eines Einschreitens der Kartellbehörde	121

a(5/222)	Beanstandung der lückenhaften Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB	122
a(5/2221)	Verärgerung der gebundenen Händler	122
a(5/2222)	Verärgerung der Verbraucher	123
a(5/3)	Ergebnis	124
a(6)	Zweigleisiger Vertrieb und übermäßige Wettbewerbsbeschränkung	125
a(6/1)	Der zweigleisige Vertrieb als Ablenkungsfaktor einer wettbewerbsgesteuerten Einkommensverteilung	127
a(6/2)	Gefährdung eines funktionsfähigen und leistungsgerechten Wettbewerbs	128
a(6/3)	Ergebnis	129
b)	Zweigleisiger Vertrieb und gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigte Preisbindung (§ 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB)	129
b(1)	Stellungnahme des Bundeskartellamtes und der Literatur	131
b(2)	Eigene Stellungnahme	133
b(2/1)	Zur Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB beim zweigleisigen Vertrieb	133
b(2/2)	Wesentliche Veränderung der Marktverhältnisse (gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse)	135
b(2/21)	Notwendigkeit der Korrektur des gebundenen Preises bei einer wesentlichen Veränderung der Marktverhältnisse	135
b(2/22)	Der Begriff der wesentlichen Veränderung der Marktverhältnisse	138
b(2/3)	Der zweigleisige Vertrieb als Indiz einer wesentlichen Marktveränderung	139
b(2/4)	Kritische Stellungnahme	140
b(2/41)	Vergleichbarkeit von markierter und anonymer Ware	141
b(2/42)	Der erheblich niedrigere Preis	141
b(2/421)	Der erheblich niedrigere Preis als Folge einer autonomen Preispolitik des Handels	144
b(2/4211)	Der preisfreie Artikel als "Lockvogel"	146
b(2/4212)	Der preisfreie Artikel als Kampfartikel	146
b(2/422)	Der erheblich niedrigere Preis als Folge eines zusätzlichen Umsatzes	147

	Seite
b(2/423) Der erheblich niedrigere Preis als Folge vertraglicher Abmachungen zwischenzeitlich übernommener Unternehmen	147
b(2/43) Die nachteiligen Folgen der Mißbrauchsvermutung beim zweigleisigen Vertrieb	148
b(2/431) Die nachteiligen Folgen der Auffassung des Bundeskartellamtes	148
b(2/432) Die nachteiligen Folgen der gesetzlichen Mißbrauchsvermutung (§ 17, I, S. 2 GWB)	149
b(2/44) Absinken des Preises auf ein gesamtwirtschaftlich gerechtfertigtes Niveau	150
b(2/45) Der zweigleisige Vertrieb als Instrument einer offensiven Marktstrategie	152
b(3) Ergebnis	153
c) Zweigleisiger Vertrieb und Wegfall der Gültigkeitsvoraussetzungen der Preisbindung (§ 17, I, S. 1, Ziff. 1 GWB)	154
c(1) Unwirksamkeitserklärung der vertikalen Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb nach § 17, I, S. 1, Ziff. 1 GWB	155
c(2) Kritische Stellungnahme	156
c(3) Ergebnis	157
2. Zweigleisiger Vertrieb und § 26, II GWB	157
a) Zweigleisiger Vertrieb und sachlich ungerechtfertigt unterschiedliche Behandlung durch ein preisbindendes Unternehmen (§ 26, II, 2. Alt. GWB)	159
a(1) Zur Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 26, II GWB beim zweigleisigen Vertrieb	159
a(1/1) Der Begriff der gleichartigen Waren	160
a(1/11) Der Begriff der gleichartigen Waren im weiteren Sinn	160
a(1/12) Der Begriff der gleichartigen Waren im engeren Sinn	161
a(1/13) Der Begriff der gleichartigen Waren im engsten Sinn	161
a(1/2) Unterschiedliche Rechtsfolgen bei unterschiedlicher Auslegung des Begriffs der gleichartigen Waren	162

	Seite
a(1/21) Rechtsfolgen bei der Definition im engeren Sinn	162
a(1/22) Rechtsfolgen bei der Definition im weiteren Sinn	162
a(1/3) Eigene Stellungnahme zum Begriff der gleichartigen Waren	163
a(2) Unterschiedliche Behandlung der gebundenen Händlerabnehmer durch den zweigleisig vertreibenden Hersteller	164
a(3) Rechtfertigungsgründe des zweigleisig vertreibenden Herstellers	165
a(3/1) Der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugängliche Geschäftsverkehr	166
a(3/11) Fachgeschäft und Nicht-Fachgeschäft als gleichartige Unternehmen i.S.d. § 26, II GWB	166
a(3/12) Der üblicherweise zugängliche Geschäftsverkehr	167
a(3/2) Der sachlich gerechtfertigte Grund	168
a(3/21) Der Begriff des sachlich gerechtfertigten Grundes	169
a(3/22) Der zweigleisig vertreibende Unternehmer als Nur-Preisbinder	172
a(3/23) Der zweigleisig vertreibende Unternehmer als Preisbinder in einer marktbeherrschenden Position	173
a(4) Ergebnis	174
b) Zweigleisiger Vertrieb und sachlich ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen (§ 26, II, 2. Alt. GWB)	174
b(1) Unterschiedliche Behandlung gleichartiger Unternehmen	175
b(2) Interessenabwägung	176
b(3) Ergebnis	177
c) Zweigleisiger Vertrieb und unbillige Behinderung der Mitbewerber (§ 26, II, 1. Alt. GWB)	177
c(1) Der zweigleisig vertreibende Unternehmer als Adressat des Verbots einer unbilligen Behinderung der Mitbewerber	178
c(2) Der zweigleisige Vertrieb als unbillige Behinderung der Mitbewerber	179
c(2/1) Der Begriff der unbilligen Behinderung	179

	Seite
c(2/11) Der Begriff der Behinderung	179
c(2/12) Der Begriff der Unbilligkeit	180
c(2/2) Beeinträchtigung der Mitbewerber durch den zweigleisigen Vertrieb	180
c(3) Ergebnis	182
3. Zweigleisiger Vertrieb und mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 22, III GWB)	182
a) Mißbrauch der Marktstellung gegenüber dem Kunden	183
b) Mißbrauch der Marktstellung gegenüber dem Mitbewerber	183
c) Ergebnis	184
4. Zweigleisiger Vertrieb und fristlose Kündigung des Preisbindungsvertrages (§ 13, I, S. 2 GWB)	184
a) Möglichkeit der Kündigung des Preisbindungsvertrages nach § 13, I GWB	185
b) Notwendigkeit der Kündigungsmöglichkeit nach § 13, I GWB	185
c) Der zweigleisige Vertrieb als wichtiger Grund i.S.d. § 13, I GWB	186
II. Bedenken gegen den zweigleisigen Vertrieb in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht	186
1. Zweigleisiger Vertrieb und § 3 UWG	186
a) Stellungnahme der Literatur	187
a(1) Unrichtige Angabe i.S.d. § 3 UWG	188
a(2) Erweckung des Anscheins eines besonders günstigen Angebots	189
b) Eigene Stellungnahme	190
c) Ergebnis	195
d) Modifizierungen des Ergebnisses	195
d(1) Standardmarke - Zweitmarke	196
d(2) Hausmarkensystem	197
2. Zweigleisiger Vertrieb und § 1 UWG	199
a) Behinderung der Mitbewerber	201
b) Kundenfang durch Täuschung der "am normalen Markenartikelbegriff orientierten Verbraucherschaft"	201
c) Ausbeutung fremden Rufes	203
d) Berufsstandsvergessenheit	204

	Seite
e) Täuschung der Mitbewerber	207
e(1) Vortäuschung einer Preislisten- treue	208
e(2) Zusicherung des eingeleisigen Ver- triebs durch Einführung der Preis- bindung	209
f) Unzulässige Schädigung der Händler- abnehmer	209
g) Ergebnis	211
3. Zweigleisiger Vertrieb und § 1 Rab G	211
4. Zweigleisiger Vertrieb und § 1 Zugabe VO	213
III. Bedenken gegen den zweigleisigen Vertrieb in zivilrechtlicher Hinsicht	213
IV. Sonderfälle des zweigleisigen Vertriebs	215
1. Werbung mit "I a Markenbenzin" durch "freie" Tankstellen	215
a) Sachverhalt	215
b) Die Auffassung des BGH	216
c) Eigene Stellungnahme zum BGH-Urteil	218
2. Bezeichnung des Weines nach einer ande- ren als seiner wahren Herkunft	221
a) Sachverhalt	221
b) Die Entscheidung des Reichsgerichts	222
E. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	224
Literaturverzeichnis	XVII
Lebenslauf	XXXIV

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

BB	Der Betriebs-Berater
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKA = BKartA	Bundeskartellamt
Bt.-Drucks.	Bundestagsdrucksachen (Amtl. Sammlung)
DB	Der Betrieb
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
GfK	Gesellschaft für Konsumforschung
GRUR = GR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Jus	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kart VO	Kartellverordnung
MA	Markenartikel
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
MV	Markenverband
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Pb	Preisbindung
RabG	Rabattgesetz
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VO	Verordnung
vPb	vertikale Preisbindung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung in WuW
Zugabe VO	Zugabe-Verordnung

A. Begriff, Wesen und Erscheinungsformen des zweigleisigen Vertriebs

I. Der zweigleisige Vertrieb von Markenwaren - Begriff und Abgrenzung

1. Der Begriff "zweigleisiger Vertrieb von Markenwaren"

Unter dem Begriff "zweigleisiger Vertrieb von Markenwaren" hat man den Sachverhalt zu verstehen, daß die gleiche Ware einerseits mit der Standardmarke versehen, andererseits markenlos oder unter einer anderen Marke, aber zu einem anderen, in der Regel niedrigeren Preis verkauft wird. Die technisch gleiche Ware ist somit in verschiedener Aufmachung und zu unterschiedlichen Preisen im Markt.¹⁾ Andere Bezeichnungen für diesen Tatbestand sind die Termini: zweispuriger Vertrieb von Markenwaren, Preisspaltung, gespaltenen Vertrieb, Doppelgleisigkeit, Zweigleisigkeit und Zweispurigkeit.²⁾

Wenn auch die Bezeichnungen im einzelnen unterschiedlich sind, so ist doch der zugrunde liegende Sachverhalt immer derselbe: der Markenartikelproduzent³⁾ spaltet - aus welchen Gründen auch immer - seine Produktion in unterschiedlich markierte bzw. in markierte und anonyme Waren und setzt für die einzelnen Produktvarianten unterschiedliche Preise fest.

Diese Verkaufsmethode⁴⁾ wird dabei in der Praxis so gehandhabt, daß einesteils der zweigleisig vertreibende Unternehmer seine Händlerabnehmer mit allen Ausführungen belie-

1) Abzugrenzen davon ist der Fall, daß ein Unternehmer Erzeugnisse unterschiedlicher Qualität unter verschiedenen Marken zu unterschiedlichen Preisen verkauft und damit verschiedene Konsumentenschichten anspricht.

2) Marzen, ZfB 1963, S. 81 f., verwendet für diesen Sachverhalt den Terminus "doppelgleisige Preisgestaltung", der aber - soweit ersichtlich - in der Literatur keinen Anklang gefunden hat.

3) Im allgemeinen geht der zweigleisige Vertrieb vom Hersteller aus. Zu der vom Händler ausgehenden Preisspaltung vgl. unten S. 12 f.

4) Die Termini Absatz- bzw. Verkaufsmethode und Absatz- bzw. Verkaufssystem werden im Zusammenhang mit dem zweigleisigen Vertrieb - entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch - synonym verwendet.

fert, so daß diese im gleichen Geschäft zu unterschiedlichen Preisen nebeneinander angeboten werden, anderenteils aber der Hersteller die unterschiedlich markierten Waren derselben Produktion auch auf völlig voneinander getrennten Absatzkanälen zum Verwender bringen kann. Eine derartige Absatzgestaltung liegt z. B. dann vor, wenn die teurere Standardmarke nur über Fachgeschäfte vertrieben wird, um das Image dieses Produktes nicht zu gefährden, während der andere Teil der Produktion - evtl. gekennzeichnet mit der Eigenmarke der abnehmenden Handelsbetriebe - über das Nicht-Fachgeschäft verkauft wird.

Eine Kombination zwischen diesen beiden Möglichkeiten stellt der Fall dar, in dem nur bestimmte Händler mit allen Ausführungen beliefert werden, während alle übrigen Händler nur jeweils die markierte oder markenlose Ware führen.

2. Abgrenzung

a) Zweigleisiger Vertrieb und Markenartikel-Vertrieb über mehrere Absatzwege

Oft wird der Terminus "zweigleisiger Vertrieb" für den Sachverhalt gebraucht, daß ein und derselbe Markenartikel in der gleichen Aufmachung sowohl über den Fachhandel als auch über den Nicht-Fachhandel (für textile Artikel z. B. der Lebensmitteleinzelhandel), über Discounter, Verbrauchermärkte und ähnliche Betriebsformen des Einzelhandels abgesetzt wird.¹⁾

Entsprechend der oben gegebenen Definition handelt es sich hier nicht um eine Erscheinungsform des zweigleisigen Vertriebs, sondern um die gleichzeitige Benutzung mehrerer Absatzwege; irrelevant ist dabei, ob diese Absatzgestaltung die Folge einer schlagartigen Einführung des betreffenden Markenartikels "auf der ganzen Linie" ist oder ihre Ursache in der Abwanderung des Markenartikels vom Fachgeschäft in das Nicht-Fachgeschäft hat.²⁾

1) Vgl. dazu auch MA 1967, S. 476.

2) Zum Begriff der Abwanderung vgl. Bergler, G., Der chemisch-pharmazeutische Markenartikel, Stuttgart 1933, S. 81 f.; Buchheister, MA 1957, S. 666 ff.

Scharf abzugrenzen ist der zweigleisige Vertrieb im Sinne der oben gegebenen Definition ferner von einer Absatzstrategie, die allerdings vielfach - nach der hier vertretenen Meinung zu Unrecht - ebenfalls als zweigleisiger Vertrieb von Markenwaren bezeichnet wird; gemeint ist damit das Nebeneinander des direkten und indirekten Absatzes. Dies ist dann der Fall, wenn ein Hersteller einen bestimmten Markenartikel zum Teil über den traditionellen Absatzweg (Hersteller-Großhändler-Einzelhändler-Verwender), d. h. indirekt absetzt, zum Teil aber auch direkt unter Ausschluß des Großhandels den Einzelhändler beliefert ("direkter Absatzweg im relativen Sinn"¹⁾) oder unter vollständiger Ausschaltung des Handels sofort mit dem Verwender in Geschäftsbeziehung tritt ("direkter Absatzweg im absoluten Sinn"²⁾).

b) Zweigleisiger Vertrieb und Preisspaltung

Versteht man unter Preisspaltung die unterschiedliche Preisstellung für Mitglieder der gleichen Wirtschaftsstufe, so wird deutlich, daß der zweigleisige Vertrieb nur eine Form der Preisspaltung ist. Dieser Begriff ist somit umfassender. Eine andere Form der Preisspaltung sind z. B. die regional gestaffelten Preise ("Zonenpreise"), wie sie für Dieselmotorkraftstoffe und Petroleum bis 1960 in der Bundesrepublik bestanden.³⁾⁴⁾ Im Rahmen dieser Arbeit jedoch sollen unter Preisspaltung nur die Fälle verstanden werden, in denen eine Marktpaltung mittels der Produktdifferenzierung vorgenommen wird.

1) Schäfer, Absatzwirtschaft, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd. I, Betriebswirtschaft, Köln und Opladen 1966, S. 325.

2) Ebenda.

3) Vgl. hierzu Kosiek, Einzelprobleme bei der vertikalen Preisbindung (§ 16 GWB), Diss. Münster 1962, S. 144 f.; Gabriel, MA 1963, S. 338; Löffler-Thümmel, BB 1957, S. 1094 ff.

4) Zu anderen Formen der Preisspaltung vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München 1960, Rdz. 284 zu § 1 UWG; MA 1963, S. 641.

c) Zweigleisiger Vertrieb und autonome Handelsmarkenpolitik

Wieder in einem anderen Zusammenhang gebraucht Beckers¹⁾ den Begriff "zweigleisiger Vertrieb". Er will darunter nicht den gleichzeitigen Vertrieb der gleichen Ware unter verschiedener Markierung und zu verschiedenen Preisen verstehen, sondern das Nebeneinander von eigenen Marken und Fabrikantenmarken im Sortiment des Händlers.

d) Zweigleisiger Vertrieb im engeren Sinn (sprachliche Abgrenzung)

Der Terminus zweigleisiger Vertrieb von Markenwaren setzt an sich voraus, daß es sich bei den einzelnen Produktvarianten um markierte Waren handelt, denn die Markierung ist eine unabdingbare Voraussetzung der Markenware. So gesehen würde der Absatz von Waren der gleichen Produktion teils als markierte, teils als anonyme Waren nicht als zweigleisiger Vertrieb von Markenwaren bezeichnet werden können. Entsprechend der allgemeinen Übung soll aber hier auch dieser Fall als eine Erscheinungsform des zweigleisigen Vertriebs von Markenwaren behandelt werden.

II. Das Wesen des zweigleisigen Vertriebs

Betriebswirtschaftlich gesehen handelt es sich beim zweigleisigen Vertrieb um eine Erscheinungsform der Produktdifferenzierung, die im allgemeinen aus betriebs- und absatzpolitischen Gründen mit einer Preisdifferenzierung gekoppelt angewandt wird.

Die Gebiete Produktdifferenzierung und Preisdifferenzierung lassen sich im allgemeinen nicht so exakt gegeneinander abgrenzen, daß ein bestimmtes Verhalten eindeutig dieser oder jener Maßnahme zugeordnet werden könnte. "Zwischen den Extremfällen einer reinen Preisdifferenzierung und einer reinen Produktvariation liegen zahlreiche Kombinationen, die sich nicht eindeutig einordnen lassen, weil sie weder das eine noch das andere, sondern beides

1) Vgl. Beckers, Der zweigleisige Vertrieb von Fabrikanten- und Verteilermarken, in: Der Markenartikel in der neuen Handelsstruktur, Zürich 1960, S. 71 ff.

gleichzeitig sind."¹⁾ Beide absatzpolitischen Instrumente sind beim zweigleisigen Vertrieb aufs engste miteinander verknüpft.

1. Der zweigleisige Vertrieb als Sonderfall der Produktdifferenzierung

a) Der Begriff der Produktdifferenzierung

Der Begriff der Produktdifferenzierung hängt eng mit dem der Heterogenität der Güter zusammen. Produktdifferenzierung umfaßt alle betriebspolitischen Maßnahmen auf dem Gebiet der Produktgestaltung, die darauf abzielen, homogene Güter zu heterogenisieren und sie damit zu individualisieren.

Die Heterogenität ist somit das Ergebnis der Produktdifferenzierung, deren Ziel es ist, das betreffende Produkt von den anderen eigenen und von denen der Konkurrenz abzuheben, um einen individuellen Firmenmarkt für das Erzeugnis zu schaffen, den Umsatzgewinn zu vergrößern oder zu erhalten, die Kapazitäten auszulasten und dergl. mehr.²⁾³⁾

b) Arten der Produktdifferenzierung

Die Produktdifferenzierung kann technischer Art (Veränderung in Form, Größe, Konstruktion usw.) oder auch wirtschaftlicher Natur sein (veränderte Werbung, andere Absatzwege, verschiedene Markierung usw.).⁴⁾

1) Jacob, H. und M., Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1962, S. 13 f.

2) Vgl. Mellerowicz, Markenartikel, München 1955, S. 86 f.; Kruse, Die Produktdifferenzierung in Theorie und Praxis, Freiburg 1960, S. 14, versteht unter Produktdifferenzierung "jene Maßnahmen des unternehmerischen Wettbewerbs, welche die Maximierung des Umsatzgewinns oder sonstige Ziele der Unternehmer durch eine Veränderung der Produkte anstreben, die einem gemeinsamen Konsumzweck dienen und für die deshalb der Kreuzelastizitätskoeffizient einen wesentlich von Null verschiedenen Wert hat".

3) Vgl. unten S. 35 ff.

4) Vgl. Mellerowicz, Markenartikel, a.a.O., S. 87 f.

Die unterschiedliche Markierung gleichartiger Produkte beim zweigleisigen Vertrieb ist somit eine Art der wirtschaftlichen Produktdifferenzierung, deren Besonderheit darin liegt, daß zwischen den einzelnen Produktvarianten überhaupt keine oder nur geringfügige Unterschiede bezüglich der Herstellungskosten bestehen.

Das Vorhandensein einer tatsächlichen qualitativen Änderung ist somit für den Tatbestand der Produktdifferenzierung nicht erforderlich, "denn es kommt nicht auf eine wirkliche sachliche Andersgestaltung an, sondern nur darauf, daß in den Augen der Konsumenten eine solche besteht".¹⁾ Eine Produktdifferenzierung liegt auch dann vor, "wenn technisch gleichartige Güter infolge verschiedener Markenbezeichnungen nicht als gleichartig angesehen werden."²⁾

c) Unterschiedliche Verbraucherpräferenzen bei unterschiedlicher Markierung der Ware

Entscheidendes Kriterium für eine Produktdifferenzierung durch unterschiedliche Markierung ist, daß selbst bei technischer Identität die einzelnen Ausführungen in den Augen der Konsumenten nicht gleichwertig sind, und zwar als Folge der unterschiedlichen Markierung.

Obwohl der Konsument die Qualität eines Erzeugnisses als Einheit, als "organisches Ganzes" ansieht, setzt diese sich tatsächlich aus einer Vielzahl von Einzelinhalten zusammen.³⁾ Die Qualitätsunterschiede einer Ware beruhen auf der Veränderung objektiver und subjektiver Produktinhalte. Erstere bestimmen die Qualität. Sie beruhen auf der technischen Eignung für einen bestimmten Zweck. Subjektiv bedeutet in diesem Fall die Fähigkeit des Produktes,

1) Geiger, MA 1958, S. 339.

2) Krusche, Marktverhalten und Wettbewerb, Berlin 1961, S. 37; vgl. ferner Fiuczynski, Die Produkt- und Preispolitik der Markenartikelhersteller, Freiburg 1960, S. 168.

3) Vgl. Eitel, Schichtung des Konsumgüter-Marktes, Diss. Nürnberg 1966, S. 145; Friedrichs, Verkaufswerbung, Berlin 1958, S. 63.

individuelle und soziale Bedürfnisse zu befriedigen.¹⁾

Setzt der zweigleisig vertreibende Unternehmer seine Produktvarianten unterschiedlich markiert ab, so stuft der Verbraucher die einzelnen Ausführungen im allgemeinen verschieden ein, was eine Folge rationalen und irrationalen Konsumentenverhaltens ist.²⁾

Der Verbraucher sieht sich mit fortschreitender Technisierung einem ständig wachsenden Warenangebot gegenüber, das er überhaupt nicht mehr oder zumindest nur mangelhaft übersehen kann. Infolge der Warenunkenntnis und der mangelnden Markttransparenz ist mit jedem Kauf ein Risiko verbunden. Der echte Markenartikel bietet dem Käufer in dieser Situation eine wirksame Hilfe; er garantiert ihm eine Qualität in dem Sinn, daß das Schicksal der Marke "von der durch sie manifestierten Güte der Ware abhängt".³⁾ Um seinen oft in langen Jahren aufgebauten Goodwill nicht zu gefährden, wird der sich offen zu seinem Erzeugnis bekennende Hersteller keine schlechte Ware liefern. Das Kaufrisiko wird beim Erwerb einer Markenware gegenüber dem einer anonymen Ware oder einer weniger bekannten Marke vermindert. "Der Verbraucher muß davon ausgehen, daß seine Warenkenntnis gering ist. Er handelt völlig rational, wenn er für die mit dem Markenartikel verbundene Qualitätsgarantie einen höheren Preis bewilligt."⁴⁾

Ein weiterer Grund für die Höhereinstufung eines bekannten Markenartikels gegenüber einer anonymen Ware oder einer neu auf dem Markt erschienenen Ware ist der Geltungsnutzen, der

1) Vgl. Rieger, Der Güterbegriff in der Theorie des Qualitätswettbewerbs, Berlin 1962, S. 70 ff.; ähnlich Abbott, Qualität und Wettbewerb, München und Berlin 1958, S. 147 ff., der zwischen horizontalen und vertikalen Qualitätsveränderungen unterscheidet, und Vershofen, Die Marktentnahme als Kernstück der Wirtschaftsfor-schung, Berlin und Köln 1959, S. 81 ff., der dem Grund-nutzen den Zusatznutzen gegenüberstellt.

2) Vgl. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb von Mar-kenwaren im deutschen und amerikanischen Recht, Karls-ruhe 1964, S. 5 (in Zukunft abgekürzt: Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb)

3) Röper, Die vertikale Preisbindung bei Markenartikeln, Tübingen 1955, S. 56.

4) Hax, Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindu-strie, Köln 1961, S. 8.

mit dem sichtbaren Gebrauch und Verbrauch einer renommierten Marke verbunden ist. Prestige Gesichtspunkte sind hier von großer Bedeutung.¹⁾ Zu Recht führt Lisowsky aus²⁾: "Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die öffentliche Anerkennung eines seit langem bekannten und viel gebrauchten und von der öffentlichen Meinung als erstklassig oder vornehm klassierten Markenartikelprodukts seinen reinen Sachwert, denn er vielleicht mit anderen Gütern teilt, weitere zusätzliche Werte verleiht. Diese Werte sind nicht nur fiktiv, sie sind nicht nur eingebildet."

Ferner ist zu beachten, daß eine Reihe von Konsumenten von vorneherein dem Markenartikel eine technisch bessere Qualität als der Handelsmarke oder der anonymen Ware zuschreibt, weil sie von der bestehenden Preisdifferenz auf eine entsprechende Qualitätsdifferenz schließt.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß in der Regel der Wiederverkaufswert unterschiedlich markierter Waren und anderer Produktvarianten verschieden ist, weil für die einzelnen Güter unterschiedliche Verbraucherpräferenzen bestehen. Nur in wenigen Ausnahmefällen wird der Verbraucher verschieden markierte Waren für ohne weiteres austauschbar ansehen. Dies läßt sich vor allem bei der Bewertung von "Pseudo-Markenartikeln"³⁾ und bei "jungen Marken"⁴⁾ beobachten. Hier kann es durchaus vorkommen, daß im Vergleich zur Handelsmarke für den mit der Herstellermarke versehenen Teil der Produktion keine Verbraucherpräferenzen bestehen.

Die unterschiedliche Bewertung unterschiedlich markierter Waren derselben Produktion eröffnet dem Unternehmer die Möglichkeit, den Gesamt-Absatzmarkt für seine Produktion in selbständige Teilmärkte aufzuspalten.

2. Der zweigleisige Vertrieb als Sonderfall der Preisdifferenzierung

a) Der Begriff der Preisdifferenzierung

Preisdifferenzierung in der reinen Form liegt dann vor, wenn

1) Vgl. Vershofen, a.a.O., S. 103 ff.

2) Lisowsky, MA 1951, S. 212.

3) Vgl. Mellerowicz, Markenartikel, a.a.O., S. 78 ff.

4) Ebenda.

ein Anbieter in der gleichen Wirtschaftsplanperiode das gleiche Gut verschiedenen Käufern bzw. Käufergruppen zu unterschiedlichen Preisen verkauft.¹⁾ In diesem Fall wird nur beim Preis differenziert; auf eine Differenzierung des Gutes mit Hilfe der Produktgestaltung, der Werbung oder der Wahl der Absatzwege wird verzichtet.

Eine "echte" Preisdifferenzierung kann aber auch bei einem in mehreren Varianten angebotenen Gut durchgeführt werden. Preisdifferenzierung und Produktdifferenzierung sind in diesem Fall miteinander gekoppelt. Die Preisdifferenzierung wird hier durch die Produktdifferenzierung überdeckt. Von einer "echten" Preisdifferenzierung kann solange gesprochen werden, als mit dem Angebot unterschiedlicher Ausführungen und Qualitätsstufen eines bestimmten Gutes in erster Linie eine Aufspaltung des Gesamtmarktes in einzelne isolierte Teilmärkte bezweckt ist und die Qualitäts- bzw. Kostenunterschiede kleiner sind als die Preisunterschiede.²⁾ So wird z. B. in vielen Fällen die Luxusausführung eines Erzeugnisses mit einer höheren Gewinnmarge kalkuliert als die Standardausführung und damit eine die Kostenunterschiede übersteigende Preisdifferenzierung vorgenommen.

Mit der oft nicht auf echten Qualitätsunterschieden beruhenden Produktdifferenzierung wird der Zweck verfolgt, die unterschiedliche Bedarfsstruktur der Konsumenten besser anzusprechen. Durch ihre Entscheidung für bestimmte Erzeugnisarten und Sorten ("indirekte Selbsteinstufung der Konsumenten") bekunden sie eine bestimmte Zahlungsfähigkeit und -willigkeit, die der Unternehmer durch eine differenzierte Preisstellung ausnutzen kann.

1) Vgl. Schneider, Einführung in die Wirtschaftstheorie, 2. Teil, 6. Aufl., Tübingen 1960, S. 151; Krelle, Preistheorie, Tübingen 1961, S. 220; Vormbaum, Differenzierte Preise, Köln 1960, S. 51 ff.; Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. 2, Der Absatz, 10. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1967, S. 335 ff.; Böhning, Möglichkeiten und Grenzen der betriebswirtschaftlichen Preisdifferenzierung, Diss. Frankfurt 1953.

2) Vgl. Gutenberg, a.a.O., S. 335; ferner Krügel, Preisdifferenzierung, Berlin 1936, S. 36; Fuiczinski, a.a.O. S. 165; Michalski, Das Prinzip der Preisdifferenzierung, Leipzig 1932, S. 16.

b) Zweck der Preisdifferenzierung

Ziel der Preisdifferenzierung ist es, den Gesamtmarkt in Teilmärkte mit unterschiedlichen Nachfrageelastizitäten zu spalten, was den Unternehmer in die Lage versetzt, auf den einzelnen Teilmärkten die Konsumentenrente abzuschöpfen und damit den Gewinn zu steigern. Die Preisdifferenzierung führt zu höheren Erlösen als der Verkauf zu einem einheitlichen Preis. Betreibt ein Unternehmen keine Preisdifferenzierung, obwohl eine solche möglich ist, verzichtet es auf zusätzliche Erlöse, die umso größer sind, in je mehr Teilmärkte der Gesamtmarkt aufgespalten werden kann. Diesen zusätzlichen Erlösen stehen im allgemeinen keine oder nur geringfügige Mehrkosten gegenüber.

Der Zweck der Preisdifferenzierung beschränkt sich jedoch nicht allein auf die Abschöpfung der Konsumentenrente; sie dient vielmehr auch dazu, "dem Unternehmer die volle Auslastung seiner produktiven Kapazität zu ermöglichen. ... Sie kann somit nicht nur für den Unternehmer selbst, sondern auch für die Konsumenten vorteilhaft sein, letzteres insbesondere dann, wenn die Produktionsausweitung eine Kostensenkung zur Folge hat".¹⁾

c) Der zweigleisige Vertrieb als "Preisdifferenzierung nach Verbraucherpräferenzen"

Allein aus der Tatsache, daß der zweigleisig vertreibende Unternehmer seine unterschiedlich markierten Waren zu verschiedenen hohen Preisen absetzt, kann nicht auf eine "echte" Preisdifferenzierung geschlossen werden, denn die einzelnen Produktvarianten werden infolge der unterschiedlichen Markierung vom Verbraucher in der Regel nicht als gleichwertig angesehen, selbst wenn sie technisch identisch sind. Eine Preisdifferenzierung²⁾ in dem hier gemeinten Sinn

1) Jacob, H. und M., Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 1962, S. 3.

2) Im allgemeinen unterscheidet man folgende Arten der Preisdifferenzierung: die personelle, die materielle, die geographische und die zeitliche Preisdifferenzierung.

liegt bei der Zweispurigkeit nur dann vor, wenn die Kosten- bzw. Qualitätsunterschiede der einzelnen Ausführungen geringer sind als die Preisunterschiede. Dies läßt sich jedoch nur durch eine Analyse im Einzelfall feststellen, wobei zu berücksichtigen ist, daß selbst in dem Fall, in dem bei technischer Identität der Produktvarianten keine unterschiedlichen Herstellungskosten anfallen, die unterschiedlichen Vertriebskosten und Marketing-Aufwendungen verschieden hohe Verkaufspreise rechtfertigen.¹⁾

Aber auch bei technischer Identität können sich Unterschiede in den Herstellungskosten ergeben, z. B. dann, wenn der unter der Herstellermarke abgesetzte Teil der Produktion schärferen Produktionskontrollen unterworfen wird.²⁾

In der Regel kann man jedoch davon ausgehen, daß der zweispurig vertreibende Hersteller mit Hilfe der Produktdifferenzierung auch eine "echte" Preisdifferenzierung durchführt und so auf den einzelnen Märkten die Konsumentenrente abschöpft.

Diese Form der Preisdifferenzierung soll hier als "Preisdifferenzierung nach Verbraucherpräferenzen" bezeichnet werden, denn erst die unterschiedlichen Wertvorstellungen der Verbraucher gegenüber den einzelnen unterschiedlich markierten Produkten ermöglichen diese unterschiedliche Preisstellung.

III. Erscheinungsformen des zweigleisigen Vertriebs

Der zweigleisige Vertrieb findet generell dort Anwendung, wo die Wirtschaft auf den freien und individuellen Entschlüssen und Plänen der handelnden Wirtschaftssubjekte beruht. Dabei tritt die Zweispurigkeit je nach dem zugrunde liegenden Motiv in verschiedenen Erscheinungsformen auf.

1) Vgl. Wörmer, Vertikale Preisbindung, Berlin 1962, S. 114.

2) Vgl. Lutz, MA 1967, S. 578.

1. Unterscheidung nach dem Urheber des zweigleisigen Vertriebs

Die Preisspaltung kann vom Hersteller selbst ausgehen oder auch von dem mit dem Markenartikel¹⁾ belieferten Händler.

a) Vom Hersteller ausgehende Preisspaltung

Als vom Hersteller ausgehende Preisspaltung hat man zunächst den Fall anzusehen, daß der Produzent aus eigenen betriebs- und absatzpolitischen Erwägungen heraus eine Spaltung seiner Produktion in unterschiedlich markierte Waren bzw. in markierte und anonyme Waren vornimmt.

Als weitere Variante der vom Hersteller ausgehenden Preisspaltung ist ferner der Fall zu betrachten, daß der abnehmende Händler die Herstellermarke auf Anweisung des liefernden Fabrikanten entfernt und entweder durch eine eigene Marke ersetzt oder das Produkt markenlos vertreibt. So wird berichtet, daß im Bantam Super in Berlin Nyltest-Hemden zu 14,50 DM verkauft wurden, die anderswo 19,50 DM kosteten. Bedingung des Lieferanten war jedoch, daß die Hemden nicht in der Originalpackung angeboten wurden.²⁾

b) Vom Händler ausgehende Preisspaltung

Hier ist zunächst daran zu denken, daß der mit einem Markenartikel belieferte Händlerabnehmer die Herstellermarke aus eigenen Erwägungen entfernt und die Ware anonym oder nach Substitution der Herstellermarke durch eine Eigenmarke als Handelsmarke absetzt.³⁾

Eine andere Erscheinungsform der vom Händler ausgehenden Preisspaltung liegt dann vor, wenn dieser das gleiche Produkt unterschiedlich markiert und zu verschiedenen Preisen verkauft. So hatte das Bayerische Oberste Landesgericht⁴⁾

1) Zum Begriff und Wesen des Markenartikels vgl. vor allem Bergler, G., Markenartikel, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 7, Stuttgart 1961, S. 125 ff. mit weiteren Nachweisen.

2) Vgl. DM vom 18.6.1962, S. 22.

3) Vgl. Droste, MA 1953, S. 442.

4) Vgl. MuW 1929, S. 235.

sich mit dem Fall zu beschäftigen, daß ein Filialleiter seine Verkäuferinnen angewiesen hatte, das gleiche Schweinefett zu unterschiedlichen Preisen zu verkaufen.

2. Unterscheidung nach der Markierung der "Zweit-Gleis-Ware"

Die über das zweite Gleis vertriebene Ware kann je nach der Markierung¹⁾ eine unterschiedliche äußere Erscheinungsform aufweisen; somit lassen sich unter diesem Gesichtspunkt folgende Unterscheidungen treffen:

a) Herstellermarke und anonyme Ware

Der zweigleisige Vertrieb kann in der Weise erfolgen, daß neben dem mit der Herstellermarke versehenen Teil der Produktion der restliche Teil ohne Markierung abgesetzt wird (z. B. Zigarren mit und ohne "Bauchbinde").

b) Herstellermarke und Handelsmarke²⁾

Eine andere Möglichkeit besteht darin, die über das zweite Gleis vertriebene Ware mit der Eigenmarke der abnehmenden Handelsbetriebe zu kennzeichnen, die diesen Artikel dann in eigenen oder in ihnen angeschlossenen Verkaufsstellen absetzen (z. B. Elektrogeräte der Versandgeschäfte).

Die gleiche Erscheinungsform der Zweispurigkeit liegt vor, wenn ein Markenartikelproduzent einen Teil seiner Produktion die bisher ausschließlich unter der Herstellermarke vertrieben wurde, unmarkiert Handelsbetrieben überläßt, die diese Waren dann - evtl. als Eigenmarke - zu einem Preis anbieten, der niedriger ist als der Verbraucherpreis, den der Fabrikant für seinen aus der gleichen Produktionsstätte stammenden Markenartikel festsetzt oder empfiehlt.³⁾

1) Zur Typologie der Markenwaren vgl. insbesondere Mellerowicz, Markenartikel, S. 78 ff.; Röper, a.a.O., S. 70 ff.; Thurmann, Grundformen des Markenartikels, Berlin 1961.

2) In Anlehnung an Mellerowicz, Markenartikel, S. 64, werden die Begriffe "Handelsmarke", "Hausmarke" und "Eigenmarke" synonym verwendet.

3) Vgl. Lutz, MA 1967, S. 578; Eitel, a.a.O., S. 151.

c) Standardmarke und Zweitmarke

In bestimmten Marktsituationen kann es für den Unternehmer zweckmäßig sein, eine Preisspaltung in der Weise vorzunehmen, daß er einen Teil seiner Produktion unter einer Zweitmarke (Zwillingssmarke) vertreibt. Diese werden vornehmlich als Kampfmarken zur Abwehr der Konkurrenz oder zur Eliminierung von Mitbewerbern aus dem Markt benutzt.¹⁾ "Der Gebrauch von Hauptzeichen und Zweitmarken nebeneinander für dieselbe Ware ist weit verbreitet. Der BGH weist im Rahmen einer entsprechenden Entscheidung (GRUR 61,280 - Tosca) insbesondere auf die pharmazeutische Branche, die Kraftfahrzeugbranche, die Rundfunk- und Fernsehindustrie sowie die Fotoindustrie hin, ohne den Anwendungsbereich damit damit zu erschöpfen."²⁾

d) Standardmarke und Marke einer Tochterfirma

Jacob-Steinorth³⁾ nennt als eine weitere Erscheinungsform des zweigleisigen Vertriebs den Fall, daß die über das zweite Gleis abgesetzte Ware die Marke einer wirtschaftlich abhängigen, aber nach außen hin selbständigen Firma führt (z. B. Pulverkaffee der Nestle AG und ihrer Tochterfirma Rotti, Ali-Kaffee). Durch diese markenpolitische Maßnahme soll in erster Linie beim Verbraucher die Vorstellung geschaffen werden, der Preis von Waren verschiedener Firmen sei ein "Wettbewerbspreis".

e) Herstellermarke und Herstellermarke

Wie der Verfasser auf Grund eigener Untersuchungen feststellen konnte, besteht eine weitere nicht einmal so selten anzutreffende Erscheinungsform der Doppelgleisigkeit darin, daß Markenartikelhersteller bei eigener nicht ausgelasteter Kapazität für andere Markenartikelfabrikanten mitproduzieren, so daß die gleiche Ware in der Gestalt verschiedener Herstellermarken auf den Markt gelangt.⁴⁾

1) Vgl. Etmer, Die besonderen Risiken der Markenartikelindustrie, München 1958, S. 206.

2) Miosga, MA 1964, S. 286.

3) Vgl. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 7.

4) Vgl. dazu auch Wickern, Die Bedeutung der Handelsmarke für die Lebensmittelfilialbetriebe, Vortrag vom 15. September 1960, S. 7.

f) Hausmarkensystem

Die unter Haus- und Eigenmarken vertriebenen Erzeugnisse werden im allgemeinen nicht von dem betreffenden Händler selbst hergestellt, sondern von einem Fabrikanten in Kisten, Fässern, Ballons oder in bereits vertriebsfertigen Packungen mit der Markierung des Auftraggebers geliefert. Nun liefert aber der Hausmarkenlieferant seine Erzeugnisse nicht nur an eine Firma, sondern auch an zahlreiche andere Einzelhandelsgeschäfte unter deren Marke. Ein und dasselbe Erzeugnis eines einzigen bestimmten Herstellers wird somit unter den verschiedensten Markenbezeichnungen angeboten. In einigen Wirtschaftszweigen gibt es Hausmarkenlieferanten, die den gleichen Artikel in Hunderten verschiedener Aufmachungen vertreiben. Es gibt sogar Herstellerbetriebe, die überhaupt nur noch Hausmarken liefern.¹⁾

3. Unterscheidung nach der Intensität der Einflußnahme auf die Wiederverkaufspreise

Die über das erste Gleis vertriebene Standardmarke des Herstellers kann - unabhängig von der äußeren Erscheinungsform der "Zweit-Gleis-Ware" - preisgebunden, preisempfohlen oder preisfrei sein. Die Spaltung des Marktes zeigt sich nicht allein in der Preisdifferenzierung. Der Unterschied kann auch darin liegen, daß auf dem ersten Absatzweg der Preis gebunden ist, auf dem zweiten jedoch nicht. Wenngleich die über das zweite Gleis vertriebene Ware im allgemeinen preisfrei ist, so lassen sich dennoch Fälle antreffen, wo auch der unter einer Zweitmarke vertriebene Teil der Produktion preisgebunden ist.²⁾

Vielfach wird der Begriff Preisspaltung eng gefaßt und nur auf den Tatbestand angewendet, "daß Waren derselben Produktion teils als Markenartikel zu vertikal gebundenen Preisen, teils mit oder ohne Marke zu niedrigeren als den ge-

1) Vgl. Lutz, MA 1938, S. 131.

2) Vgl. Schwartz im Gemeinschaftskommentar, Rdz. 5 zu § 17 GWB.

bundenen Preisen auf den Markt gebracht werden".¹⁾ Diese Definition ist m. E. zu eng, weil hier andere wichtige Erscheinungsformen der Zweigleisigkeit unberücksichtigt bleiben, wenngleich unter kartellrechtlichem Aspekt gerade dieser Erscheinungsform besondere Bedeutung zukommt. Die Preisbindung ist kein unabdingbares Merkmal des zweigleisigen Vertriebs.²⁾

4. Unterscheidung nach der Preishöhe

Eine weitere Unterscheidung läßt sich danach treffen, ob der über das erste Gleis vertriebene Markenartikel - unabhängig davon, ob er preisgebunden oder preisfrei ist - im Preis höher liegt als der anders markierte oder unmarkierte Teil der Produktion.

Dies wird im allgemeinen auf Grund der unterschiedlichen Wiederverkaufswerte der Fall sein. Auch im Schrifttum wird grundsätzlich darauf verwiesen, daß die "Zweit-Gleis-Ware" zu einem niedrigeren Preis angeboten wird. Gerade in jüngster Zeit wurden jedoch einzelne Fälle bekannt, wo für jene höhere Preise als für den (preisgebundenen) Markenartikel verlangt wurden.³⁾

5. Unterscheidung nach dem Absatzweg

Wie bereits eingangs erwähnt, kann der zweigleisig vertreibende Unternehmer alle in den Absatz seiner Produkte eingeschalteten Einzelhändler mit sämtlichen Produktvarianten beliefern. Dies ist jedoch als der seltenere Fall anzusehen. Im Allgemeinen werden die einzelnen Ausführungen über getrennte Absatzwege vertrieben, so daß die unterschiedlich markierten Waren nicht im gleichen Geschäft erhältlich sind.⁴⁾

1) Roidl, Handelsblatt vom 19.4.1961, S. 2.

2) Vgl. Frankfurter Kommentar, Rdz. 41 zu § 17 GWB.

3) Vgl. Sturm, MA 1966, S. 805.

4) Die dritte Möglichkeit, daß nur bestimmte Händler mit beiden Ausführungen beliefert werden, während alle übrigen Händler nur je eine Ausführung im Sortiment haben, stellt nur eine Kombination der oben dargestellten Modellfälle dar und soll daher im folgenden nicht besonders berücksichtigt werden.

Zwischen den einzelnen hier modellartig dargestellten Erscheinungsformen der Zweispurigkeit sind wiederum Kombinationen denkbar und praktikabel, so daß z. B. die gleiche Ware - ähnlich wie beim Hausmarkensystem - unter einer Vielzahl von Markenbezeichnungen im Markt erhältlich ist. Immer und in allen Fällen jedoch führt der zweigleisige Vertrieb zu einer Spaltung des Gesamtabsatzmarktes in Teilmärkte.

B. Empirischer Teil

I. Einzelne praktische Fälle des zweigleisigen Vertriebs

Da der zweigleisige Vertrieb im Sinne des ihn anwendenden Unternehmers nur dann voll wirksam wird, wenn er geheim ist, wurden bisher nur einzelne Fälle dieser Absatzpolitik der Öffentlichkeit bekannt. Daß sich aber die Preisspaltung nicht auf einige wenige Ausnahmefälle beschränkt, wie oft behauptet wird, beweisen die vom Verfasser im Rahmen einer Unternehmerbefragung gefundenen Ergebnisse¹⁾, die jedoch in diesem Abschnitt noch unberücksichtigt bleiben sollen. Angeführt werden vielmehr hier nur solche Fälle der Zweispurigkeit, die durch entsprechende Publikationen der Allgemeinheit bekannt wurden.²⁾

1. Nahrungs- und Genußmittelindustrie

- a) "Das von der Edeka-Zentrale unter der Bezeichnung 'Edeka-Schloß-Export' vertriebene Flaschenbier stammt von 10 verschiedenen Brauereien im Bundesgebiet, u.a. von der 'Germania-Brauerei F. Dieninghoff GmbH, Münster-West'."³⁾
- b) "Die Trumpf-Schokoladenfabrik Leonard Monheim GmbH, Aachen, bringt '6 feinste Desserts' unter dem Namen 'Praletten' für 50 Pfennig preisgebunden auf den Markt. Als 'Prilatain' kosten '6 feinste Desserts' auch 50 Pfennig. Ein Mandelstück ist durch ein Ananasstück ersetzt. Sie sind aber im Gegensatz zu den Praletten nicht preisgebunden. Die Diskonter verkaufen sie für 35 Pfennig."⁴⁾

1) Vgl. unten S. 24 ff.

2) Über Fälle des zweigleisigen Vertriebs in den USA berichten Sandage, Brand Policy, Marketing by Manufactures, Chicago 1951, S. 299 - 311, und Maynard-Beckman, Principles of Marketing, New York 1952.

Über den zweispurigen Vertrieb in der Schweiz berichtete bereits 1932 Marbach, Kartelle, Trusts und Sozialwirtschaft, Bern 1932, S. 251.

3) Rundschreiben des Markenverbandes Nr. 4/1967.

4) DM vom 5.10.1962, S. 7.

- c) "Die meisten Hersteller liefern nicht nur preisgebundene Marken, sondern auch Handelsmarken ohne Preisbindung. Die Trumpf-Schokoladenfabrik Leonard Monheim in Aachen stellt eine unübersehbare Menge an Handelsmarken her. Trumpf-'Wertsiegel'-Klasse ist preisgebunden. Als Handelsmarke 'Mauxion' sind die Preise frei. Konkurrenten und Mauxion-Vertreter behaupten, Trumpf und Mauxion kommen aus einer Maschine."¹⁾

Richard Feldhaus, Mitinhaber der Novesia-Schokoladenfabrik in Neuß gab - laut DM²⁾ - folgende Auskunft: "Die preisgebundene Novesia-Vollmilch-Schokolade ist genau dasselbe wie die freie Handelsmarke Blanka. 100 Gramm Novesia kosten 1,- DM, 200 Gramm Blanka 1,30 - 1,50."

Weiterhin wird an dieser Stelle der Testzeitschrift berichtet, daß der einzige Unterschied zwischen Waldbaur und Riquet im Preis bestehe.

- d) "Die Firma Hussel tätigt Abschlüsse über Millionen von Tafeln Schokolade, die aus der Produktion bekannter Markenartikel-Unternehmen im In- und Ausland stammen. Diese Schokolade wird entweder unter dem Namen Hussel oder unter einer anderen Eigenmarke herausgebracht. Die Ware, die nach Angaben der Geschäftsleitung die gleiche Qualität hat wie die der Markenschokoladen, wird zu einem äußerst günstigen Preis verkauft."³⁾

- e) "Am Donnerstag, 17. Mai 1962, besuchte Vertreter Schwarz vom Margarinewerk Fritz Homann AG, Dissen, Discounter Ullrich.

Schwarz: 'Die Gloria wird jetzt preisgebunden. Na ja, ein paar Artikel brauchen Sie ja auch, um etwas daran zu verdienen.'

Ullrich: 'Nee, dann nehm ich die nicht mehr.'

Schwarz: 'Es gibt ja auch eine Möglichkeit, das zu umgehen. Machen wir eben eine neutrale Packung.'

1) DM vom 20.12.1963, S. 37.

2) Ebenda.

3) Blick durch die Wirtschaft vom 22.1.1960, S. 1.

Folge: Ullrich bezieht die preisgebundene Homann-Margarine Gloria in einer neutralen Packung und verkauft sie billiger."¹⁾

f) Nach einem Bericht der DM²⁾ wird die Edeka-As-Margarine, die Hausmarke der Edeka-Läden, von folgenden Margarine-Herstellern geliefert: Fritz Homann AG (Homa), Margarine-Werke Elbgau (Nußram), Benedikt Klein (Overstolz) und Walter Rau (Deli-Reform).

g) "Pulverkaffee führt der Bantam Super in eigener Packung. Lieferant ist die amerikanische Firma Ibenco, Hamburg."³⁾

h) An anderer Stelle wiederum berichtet die DM⁴⁾, daß der Pulverkaffee Jacobs Moccapress sowohl von der Ibenco als auch von der DEK geliefert werde.

Die Deutsche Extrakt-Kaffee-Gesellschaft (DEK) ihrerseits verkaufe den gleichen Kaffee in über 500 verschiedenen aufgemachten Dosen.

i) "Alles über Marmelade. Die Verkaufspreise sind willkürlich. Gleiche Marmeladen werden einmal teurer und einmal weniger teuer verkauft. Erdbeerkonfitüre von Solo kostet im Reformhaus mit der Eden-Marke bis zu 2,50 DM, im Merkurkaufhaus mit der Solo-Marke 1,85 DM." Der übrige Einzelhandel verlangte 1,90 DM.⁵⁾

k) "Die Crailsheimer Konfitüren und Marmeladen werden unter 60 verschiedenen Etiketten verkauft."⁶⁾

l) Nach einem Test der DM⁷⁾ kommt der billige Eierlikör vor allem von westdeutschen (Marken-)Firmen, die in Berlin

1) DM vom 18.6.1962, S. 22.

2) Vgl. DM vom 24.4.1962, S. 32.

3) DM vom 18.6.1962, S. 22.

4) Vgl. DM vom 12.2.1962, S. 42.

5) DM vom 30.8.1963, S. 14 f.

6) DM vom 29.1.1962, S. 37.

7) Vgl. DM vom 7.5.1964, S. 22.

mit Decknamen arbeiten. Die Qualität sei gleich. Verpoorten produziere in Berlin. Sein Eierlikör mit dem Namen Verpoorten werde in Bonn hergestellt und koste 9,25 DM. Der Eierlikör, den Verpoorten in Berlin herstelle, heiße Diana Zavelberg und koste 6,70 DM. Bezüglich der Qualität bestünden keine Unterschiede.

- m) Das Nachrichtenmagazin Der Spiegel berichtet, daß Weine aus dem gleichen Faß zu verschiedenen Preisen und unter verschiedenen Bezeichnungen verkauft wurden.¹⁾
- n) Die FAZ bringt in ihrer Ausgabe vom 11. März 1968 einen Bericht über den zweigleisigen Vertrieb verschiedener Bierbrauereien.²⁾

2. Kosmetik- und Toilettenartikelindustrie

- a) "Der 'Kron'-Stift der Hamburger Kaufhalle wurde in einer Fabrik in Michelstadt, Odenwald, gegossen. Aus der gleichen Fabrik kommen die Stifte von Margarete Astor, Preis 3 DM, und Coty, Preis 2,80 DM. Die Fabrik gehört den Blendax-Werken, Mainz Entscheidend für den Preis sind die Zugkraft des Namens."³⁾
- b) Laut DM⁴⁾ erklärte Walter Bayer, der Prokurist der Württembergischen Parfümerie-Fabrik GmbH in Eislingen: "Lack ist Lack. Jeder kriegt denselben Mist oder dieselbe Qualität, wie Sie wollen." Die Flasche Nagellack werde einmal bei Woolworth als "Solo de Luxe" für 1,- DM, in Püls-Filialen als "Manhattan" und anderen Geschäften als "Hudsen" verkauft.
- c) "In Kaufhäusern tauchte vor einiger Zeit im großen Angebot auch ein ausgesprochen billiges Parfüm mit französischer Note, hübscher Aufmachung auf. Es 'ging nicht'.

1) Vgl. Der Spiegel vom 4.7.1962, S. 53.

2) Vgl. FAZ vom 11.3.1968, S. 13.

3) DM vom 9.4.1962, S. 14.

4) Vgl. DM vom 19.4.1963, S. 33.

Es kamen sogar Reklamationen. Das Zeug rieche unangenehm. 'Das Zeug' war - Chanel.

Es gibt kaum einen anderen Kosmetikartikel mit so großem Geltungsnutzen. Erst ein hoher Preis macht ein Parfüm gut. Käuferinnen achten beim Parfümkauf häufig nur - auf den guten - möglichst französischen - Namen, - auf den hohen prestige-gebundenen Preis."¹⁾

- d) Den Markt für Papiertaschentücher beherrschen drei Firmen:

die Vereinigten Papierwerke, Schickedanz und Co., Nürnberg, mit Tempo,
die Papierfabrik Hedwigsthal, Raubach im Westerwald, mit Euzella, Impexa und einer Reihe von Hausmarken für Großabnehmer. Die Papierfabrik Halstrick, Strotzheim in der Eifel, mit Fasana ist ein Zweigwerk, die Apura GmbH, Mannheim, mit Leutex und einigen Hausmarken. Sie gehört zur Zellstofffabrik Waldhof, Mannheim.

Hedwigsthal ging dazu über, Großabnehmer mit Impexa zu beliefern. Der Inhalt bei Impexa und Euzella ist laut DM²⁾ gleichwertig. Qualitätsunterschiede gebe es nicht. Der Verbraucher zahle trotzdem für Impexa fünf Pfennig weniger.

- 3. Textilindustrie

- a) "Nyltest-Hemden. ... Steidel und seine Leute packen sie in neutrale Zellophan-Hüllen ein."³⁾
- b) Die Firma Schulte & Dieckhoff vertreibt - so DM⁴⁾ - den gleichen Strumpf unter folgenden Marken: "Rot-Weiß" (für den Textilhandel), "nur die" (für den Einzelhandel), "CD" (für den Lebensmitteleinzelhandel), "La Mote" (für andere Abnehmergruppen).

1) DM vom 7.2.1964, S. 28.

2) Vgl. DM vom 12.3.1962, S. 15.

3) DM vom 18.6.1962, S. 22.

4) Vgl. DM vom 11.1.1963, S. 9 ff.

4. Elektrogeräteindustrie

- a) "Dr. Müller stellt Quarzlampen her: Für Versandhäuser. Für Kaufhäuser. Ein paar Knöpfe werden verändert. Luftschlitze. Dr. Müller gibt seine Lampen auch unter eigenem Namen an den Handel ab: Original Dr. Müller. Für diesen Namen müssen die Käufer 30 Mark mehr bezahlen. Die Aufmachung der 'Original'-Lampe ist billiger als die der Versandhausgeräte."¹⁾
- b) Der Besitzer einer Kühlschranksfabrik bittet die Testredaktion der DM: "Sie wissen, daß ich meine Kühlschränke nicht nur beim Händler sondern auch über Versandhäuser unter Versandhausnamen verkaufe. Um Gottes Willen schreiben Sie das nicht in die Zeitung. Ich weiß, der Handel würde mich boykottieren."²⁾
- c) Zwischen Fachhandel und Schallplattenfirmen laufen Gespräche über den zweigleisigen Vertrieb von preisgebundenen Schallplatten. Der Fachhandel geht dagegen vor, daß preisgebundene Platten über die Ladentheke verkauft, zugleich aber auch an Klubs vertrieben werden.³⁾

5. Filmindustrie

- a) Der Farbfilm Gevacolor R 5 wird von dem Versandhaus Quelle unter dem Namen Revuecolor um 3,- DM billiger verkauft.⁴⁾
- b) Nach der Testzeitschrift DM verkaufen Versandgeschäfte deutsche und ausländische Markenfilme bis zu 45 % billiger.⁵⁾

6. Schuhpflegemittel

"Was unterscheidet Konsumware und Feinpflegemittel?"

1) DM vom 11.1.1963, S. 33.

2) DM vom 21.5.1962, S. 62.

3) Vgl. FAZ vom 14.3.1966, S. 13.

4) Vgl. DM vom 26.6.1963, S. 42.

5) Vgl. DM vom 3.1.1964, S. 55.

Der Fachverband der Schuh-, Leder- und Fußbodenpflegemittel-Industrie sagt dazu: 'Die Qualität ist die gleiche.'"¹⁾

7. Tabakindustrie

"In der Zigarettenindustrie gab es den Fall schon: Gleicher Tabak in zweierlei Packungen; die eine Marke war ein Schlagger, die andere Marke verschimmelte im Regal."²⁾

II. Der zweigleisige Vertrieb aus der Sicht des Markenartikelherstellers (Ergebnisse einer zum zweigleisigen Vertrieb durchgeführten Unternehmerbefragung)

Der Verfasser unternahm den Versuch, sich direkt mit 150 MA-Herstellern in Verbindung zu setzen und sie über ihre Einstellung und ihr Verhalten zum zweigleisigen Vertrieb von Markenwaren zu befragen.³⁾

Folgende Punkte wurden in dem Fragebogen vorgelegt⁴⁾:

1. Wie hoch ist der prozentuale Anteil Ihres Gesamtumsatzes (in DM), der auf Waren entfällt, die nicht unter ihrem Markennamen an den Endverbraucher gelangen?
2. Wie hoch war dieser Anteil vor fünf Jahren?
3. Glauben Sie, daß dieser Anteil in den nächsten fünf Jahren zu- oder abnimmt?
4. Worin sehen Sie die Vor- und Nachteile dieser Absatzmethode?

Die befragten Unternehmen verteilen sich auf folgende Industriezweige:

- Nahrungs- und Genußmittelfirmen
- Treibstoff-Firmen
- Produktion alkoholischer und alkoholfreier Getränke
- Bekleidungsindustrie
- Hersteller von Elektrogeräten

1) DM vom 28.4.1966, S. 20.

2) DM vom 4.6.1962, S. 46.

3) Die Befragung wurde teils schriftlich, teils mündlich durchgeführt.

4) Vorausgeschickt wurde eine Definition des zweigleisigen Vertriebs in dem hier verstandenen Sinn.

- Tabakindustrie
- Filmbranche
- Hersteller von Bürobedarfsartikel
- Fahrzeugindustrie
- Produktion von Schallplatten
- Körperpflegemittel-Produzenten

Die Zahl der positiven Antworten war entsprechend der Problematik der angesprochenen Absatzmethode relativ gering. 38 % der befragten Unternehmen ignorierten die Anfrage vollkommen oder waren mit der "Bitte um Verständnis" aus "grundsätzlichen Erwägungen" nicht zu einer Auskunft bereit, obwohl durch Veröffentlichungen in Testzeitschriften und durch andere Publikationen gerade von einigen dieser Firmen bekannt ist, daß sie zweigleisig vertreiben.

36,66 % der Befragten ließen wissen - ohne im übrigen eine nähere Auskunft zu geben -, daß sie ihre Produkte ausschließlich unter ihrer Standardmarke absetzen und für sie ein zweigleisiger Vertrieb nicht in Frage kommt. Interessant wäre es aber hier gewesen, die Gründe zu erfahren, die aus der Sicht des betreffenden Unternehmens gegen diese Absatzmethode sprechen.

Der restliche Teil der befragten Unternehmen (25,33 %) war zu einer detaillierteren Stellungnahme bereit, wobei zu beachten ist, daß die prozentualen Angaben sich immer auf das gesamte Produktions- und Vertriebsprogramm beziehen und das Ausmaß des zweigleisigen Vertriebs je nach Ware schwankt.

Aufgeteilt nach Industriezweigen folgen nun die Antworten, die von den einzelnen Firmen eingingen.¹⁾

1) Der Verfasser verpflichtete sich, alle Hinweise, die zu einer Identifizierung des befragten Unternehmens führen könnten, zu unterlassen.

Frage Unternehmen	Frage 1	Frage 2	Frage 3	Frage 4
				Vorteile Nachteile
Nahrungs- und Genußmittelindustrie				
A	0 %	0 %	0 %	Bei Lieferung von Handelsmarken oder anonymen Waren ist die Garantie des Markenartikel-Herstellers für seine Markenware nicht mehr gegeben.
B	22 %	--	zunehmend	-----
C	1 %	1 %	gleichbleibend	-----
D	1-2 %	--	--	-----
E	2,5 %	2 %	abnehmend	Konkurrieren mit eigenen Marken.
G	25 %	5%(1963)	zunehmend	Keine Nachteile
H	0 %	0 %	0 %	Enttäsung der Verbraucher Rückläufiger Umsatz beim MA
I	0 %	0 %	0 %	Nur Nachteile, keine weiteren Angaben

K	0 %	0 %	0 %	-----	Verringerung der eigenen Marktchancen
L	"minimal"	höher	0 %	----- Der zweigleisige Vertrieb ist lediglich das Ergebnis der Abmachungen, die andere inzwi- schen getroffen hatten.	-----
Herstellung alkoholischer und alkoholfreier Getränke					
A	0 %	0,12%	zunehmend	Erhöhung des Ausstoßes	Beunruhigung des Marktes durch Handelsmarken, Gefährdung des Preisgefüges auf dem gesamten Markt. Geringerer Ertrag dieses Geschäftes, da mit Teil- oder Grenzkosten kalkuliert wird.
B	0,32%	0,32%	gleichbleibend	-----	-----
C	30 %	30 %	abnehmend	Produktionsauslastung	Absatz der billigeren Ware geht evtl. zu Lasten des Markenware-Umsatzes
D	1,5 %	0 %	zunehmend	-----	-----
E	1 %	0 %	zunehmend	Zusätzlicher Absatz	Beschränkung des Herstellers auf seine Herstellerfunktion. Kontakt zum Markt geht verloren.

Bekleidungsindustrie					
A	58 %	45 %	zunehmend	Einsparung von Werbekosten. Rationelle Produktion durch große Abnahmemengen starker Abnehmer (Versandhäuser, Warenhauskonzerne, Einkaufsgenossenschaften). Keine Zahlungsausfälle auf Grund der Bonität der Großabnehmer.	Je stärker die Einkaufsgruppe, desto stärker der Preisdruck. Gefahr des willkürlichen Fallenlassens eines Lieferanten durch den Großabnehmer.
B	50 %	30 %	zunehmend	Fortfall des Lager- und Moderisikos	Keine Nachteile
C	0 %	0 %	unge- wiß	Bessere Kapazitätsausnutzung	Schwierigkeiten bei der Trennung des Marktes für den Markenartikel und für die billigere Produktvariante
D	0 %	0 %	0 %	-----	Verärgerung des Verbrauchers
Produktion von Elektrogeräten					
A	0 %	geringfügig	0 %	Der zweigleisige Vertrieb in der Vergangenheit wurde auf Grund übernommener rechtlicher Verpflichtungen betrieben.	
B	0 %	0 %	Zunahme wird erwartet	Erschließung weiterer Vertriebswege	Verärgerung des Fachhandels
Tabakindustrie					
A	15 %	5 %	abnehmend	Konzentration im Produktionsablauf	Gefahr, daß der Händler die Parallele im Angebot erkennt. Zweigleisiger Vertrieb steht dem Bestreben des Handels nach Sortimentsbereinigung entgegen.

B	0 %	0 %	0 %	0 %	Keine Vorteile	Hersteller kann keine Qualitätsgarantie mehr übernehmen.
Filmindustrie						
A	"nicht nennenswert"	--	--	--		
B	0 %	0 %	0 %	0 %		Rechtliche Bedenken
Drogerie, Toiletten-Artikel und Reinigungsmittel-Firmen						
A		0 %	0 %	Lieferung v. weit- u. Handelsmarken ist beabsichtigt	Erweiterte Distribution u. höhere Produktionsleistung bei Lieferung von Handelsmarken. Zweitmarken kommen nur dann in Betracht, wenn die Marktsituation preisreduzierte Artikel notwendig macht.	
B	20 %	höher	abnehmend			
C	0 %	0 %	0 %	ungewiß	Kapazitätsauslastung	
D	10 %	10 %	zunehmend	zunehmend	Größerer Umsatz	Schwierigere Preisgestaltung
E	0 %	0 %	0 %	ungewiß		Rechtliche Schwierigkeiten
F	0 %	0 %	0 %	0 %		Rechtliche Schwierigkeiten, Unvereinbarkeit mit dem Gedanken des Markenartikels.

G	0 %	0 %	0 %	-----	Unvereinbarkeit mit dem Gedanken des Markenartikels, Gefährdung des Markenartikel-Images.
H	25 %	1 % (1961)	zunehmend	Befriedigung der Nachfrage, die sich nicht auf den teureren MA konzentriert. Gute Beziehungen zum Handel und dadurch bessere Absatzmöglichkeit für den eigenen MA.	-----
I	10 %	höher	abnehmend	Sicherung des Marktanteils, Abwehr der Konkurrenz.	-----
Fahrzeug-Fabrikation					
A	Inlandsabsatz: 60 % Export: 30 %	Inlandsabsatz: 30 %	zunehmend	Keine Vorteile	Hersteller wird immer anonym, hat keinen Einfluß mehr auf die Verkaufswerbung. Überregionale Werbung wird unmöglich. Keine Stammkundschaft mehr, da der Käufer vom Hersteller unabhängig wird.

III. Der zweigleisige Vertrieb aus der Sicht des Verbrauchers (Ergebnisse einer zum zweigleisigen Vertrieb durchgeführten Verbraucherbefragung)

Bei der nach dem Quotenverfahren zum zweigleisigen Vertrieb durchgeführten Verbraucherbefragung wurden vom Verfasser dieser Arbeit, der auch die Befragung durchführte, folgende Quotierungsmerkmale berücksichtigt: (a) das Geschlecht (46 % Männer : 54 % Frauen), (b) das Alter (28 % 16 - 30 Jahre, 24 % 30 - 45 Jahre, 48 % über 45 Jahre), (c) die Wohnortgröße (50 % in Wohnorten unter 20 000 Einwohnern, 16 % in Städten zwischen 20 000 - 100 000 Einwohner, 34 % in Großstädten).

Der Verfasser ging dabei in der Weise vor, daß er innerhalb der Proportion der Geschlechter zunächst nach Altersklassen differenzierte und innerhalb der Altersklassen wiederum die Wohnortgröße berücksichtigte, so daß z. B. 25 Frauen im Alter von über 45 Jahren aus Wohnorten bis zu einer Einwohnerzahl von 20 000 befragt wurden.

Durch die Berücksichtigung dieser Merkmale, die dem Verfasser im Hinblick auf das Befragungsobjekt (zweigleisiger Vertrieb von Markenwaren) besonders wichtig erschienen, ist die Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland bezogen auf die Quotierungsmerkmale repräsentativ wiedergegeben, so daß von der befragten Teilmasse Schlüsse auf die repräsentierte Gesamtmasse, d. h. die Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland, gezogen werden können.

Folgende Fragen wurden den Befragten vorgelegt:¹⁾

1. Ist Ihnen bekannt, daß bekannte Markenwaren gleichzeitig auch in anderer Aufmachung, aber zu einem niedrigeren Preis verkauft werden, wobei die Qualität die gleiche ist?
2. Wenn Sie einen bekannten Markenartikel kaufen, denken Sie an diese Möglichkeit?

1) Der Terminus "zweigleisiger Vertrieb" wurde in der Befragung bewußt nicht verwendet, um die Neutralität der Befragung nicht zu gefährden. Der Tatbestand wurde vielmehr verbal umschrieben.

3. Wenn Sie erfahren würden, daß ein bestimmter Markenartikel in gleicher Qualität zu einem niedrigeren Preis, wenn auch in anderer Aufmachung erhältlich ist, würden Sie dann
- a) den teureren Markenartikel überhaupt nicht mehr kaufen?
 - b) den teureren Markenartikel nur noch bei bestimmten Anlässen kaufen?

1. Das Ergebnis der Verbraucherbefragung bezogen auf die Gesamtmasse

Fragen	Frage 1 "Ist Ihnen be- kannt, daß ..?"		Frage 2 "Wenn Sie einen ?"		Frage 3			
	ja	nein	ja	nein	% würden den MA überhaupt nicht mehr kaufen	% würden den MA nur noch bei bestimm- ten Anlässen kaufen	% würden den MA grundsätz- lich weiter- kaufen +)	kein Urteil
Gesamt- masse	81 %	19 %	56 %	46 %	32 %	64 %	2 %	2 %

2. Differenzierung nach dem Geschlecht

Fragen Geschlecht								
Männer	89,5 %	10,5 %	63 %	37 %	32,6 %	63,1 %	4,3 %	---
Frauen	74 %	26 %	50 %	50 %	31,5 %	64,8 %	---	3,7 %

3. Differenzierung nach dem Alter

Fragen Alter								
16-29 Jahre	100 %	---	63 %	37 %	18,5 %	74 %	7,5 %	---
30-44 "	88,9 %	11,1 %	63 %	37 %	18,5 %	81,5 %	---	---
üb. 45 "	67,4 %	32,6 %	41 %	59 %	45,6 %	47,8 %	2,2 %	4,4 %

+) Diese Frage wurde in der Befragung nicht ausdrücklich gestellt.

4. Differenzierung nach der Wohnortgröße

Fragen Wohnort- größe	Frage 1		Frage 2		Frage 3			
	Ja	nein	ja	nein	30 %	64 %	4 %	2 %
bis 20 000 Einw.	84 %	16 %	54 %	46 %	30 %	64 %	4 %	2 %
20-100 000 Einw.	87,5 %	12,5 %	68,7 %	31,3 %	37,5 %	62,5 %	—	—
üb. 100 000 Einw.	76,5 %	13,5 %	47 %	53 %	35,3 %	58,9 %	2,9 %	2,9 %

C. Wirtschaftswissenschaftlicher Teil

I. Betriebswirtschaftliche und absatzpolitische Aspekte des zweigleisigen Vertriebs

Ebenso vielfältig wie die Erscheinungsformen sind die Vor- und Nachteile einer zweigleisigen Vertriebspolitik, wobei je nach dem der Preisspaltung zugrunde liegenden Motiv einmal diesem, ein andermal jenem Aspekt eine größere Bedeutung zukommt. Was den Markenartikelproduzenten bewegt, zum zweigleisigen Vertrieb überzugehen, ist letztlich das Gewinnstreben, der Wunsch nach zusätzlichen Umsätzen, die er durch künstliche Produktdifferenzierung und die dadurch ermöglichte Preisdifferenzierung zu realisieren hofft.¹⁾

1. Vorteile

a) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Ausweitung der Absatzorganisation²⁾

Der mit steigender Marktproduktion zunehmende Marktzwang³⁾ sowie der hohe Absatzdruck sind maßgebliche Einflußfaktoren im Hinblick auf die Bemühungen, einen hohen Distributionsgrad zu verwirklichen, einen möglichst hohen Anteil der überhaupt in Betracht kommenden Verkaufsstellen für den eigenen Absatz zu gewinnen. Dieser Wettbewerb um die Absatzmittler führt dazu, immer weitere Gruppen zum Vertrieb der Erzeugnisse heranzuziehen, angefangen bei den Fachabteilungen der Warenhäuser bis zum Kiosk. Dabei läßt sich beobachten, daß mitunter gesonderte Vertriebsorganisationen für die gleiche oder sehr ähnliche Ware entstehen, die entweder anonym oder unter einer Zweit- oder Drittmarke oder aber als Handelsmarke vertrieben wird. Körperpflegemittel z. B. werden in Drogerien, Schönheitssalons, Friseurgeschäften unter der einen Marke und -

1) Vgl. Sturm, MA 1966, S. 805.

2) Zum Begriff der Absatzorganisation vgl. vor allem Schäfer, Absatzwirtschaft, a.a.O., S. 320 ff.; Bergler, G., Absatzorganisation und Absatzformen, unveröffentlichte Vorlesung; Sundhoff, Absatzorganisation, Wiesbaden 1958.

3) Vgl. Vershofen, a.a.O., S. 66.

zu einem in der Regel niedrigeren Preis - in anderen Verkaufsstellen unter der anderen Marke vertrieben.¹⁾²⁾

a₍₁₎ Die Abwanderung des Markenartikels

"Der Markenartikel hat von Haus aus in besonderem Maße das Bestreben nach einer möglichst breiten Absatzbasis."³⁾ Wenn- gleich durch Wandlungen der Verbraucherhaltung heute viele Markenartikel ohne nachteilige Rückwirkungen in allen nur denkbaren Formen des Einzelhandels zu finden sind und da- mit die Abwanderung im ganzen gesehen an Bedeutung ver- liert⁴⁾, so ist dennoch dieses Problem bei bestimmten Pro- dukten, so vor allem auch bei Kosmetika, bei deren Erwerb der Geltungsnutzen ein entscheidender Faktor ist, noch im- mer existent.⁵⁾

Derartige Markenartikel werden im allgemeinen über das Fach- geschäft eingeführt und durch dessen aktive Mitarbeit be- kannt gemacht. Je größer der Markterfolg ist, desto mehr wächst das Bestreben der anderen Betriebsformen des Einzel- handels, diese Ware in das eigene Sortiment aufzunehmen.⁶⁾ Selbst wenn der gegenwärtige Umsatz des Fachhandels da- durch gar nicht geschmälert wird, so empfindet es dieser doch als unberechtigt, daß andere die Früchte seiner Ein- führungsarbeit mit ernten.

Infolge der Abwanderung findet sich der Markenartikel jetzt

1) Vgl. dazu auch Bergler, G., Absatzwirtschaftliche Pro- bleme in der Körperpflegemittelindustrie, in: Beiträge zur Absatz- und Verbrauchsforschung, Bd. I: Marktwirt- schaft und Verbrauch, Nürnberg 1957, S. 136.

2) Persönliche Auskunft eines MA-Unternehmens (Körper- pflegemittel-Produzent): "Die Vorteile ... der Herstel- lung von Handelsmarken können aus unserer Sicht so for- muliert werden, daß eine Durchbrechung der einseitig auf den Friseur bezogenen Distribution möglich ist, ohne daß der Hauptabnehmerkreis entsprechende Kenntnis davon hat. Der Vorteil besteht also in erweiterter Distribution."

3) Bergler, G., Der chemisch-pharmazeutische Markenartikel, S. 83.

4) Vgl. Bergler, G., Markenartikel, in: HDSW, a. a. O., S. 130.

5) Persönliche Auskunft eines MA-Unternehmens (Kosmetika).

6) Vgl. Bergler, G., Absatzwirtschaftliche Probleme in der Körperpflegemittelindustrie, S. 136; Miller, MA 1957, S. 183; Thurmman, a. a. O., S. 37.

auch in dem anders gearteten Sortiment des Nicht-Fachgeschäfts, das in Ausstattung, Qualifizierung des Verkaufspersonals, in Preislagen und Verkaufsniveau meist hinter dem fachlich geschulten Einzelhandel zurückbleibt. Das Produkt ist nun auch "dort" zu haben, wo die "kleinen Leute" kaufen, und somit nicht mehr geeignet, einen Geltungsnutzen zu stiften. Da die bisherigen Markenartikelkäufer oft den Eindruck des Geschäfts und des Produkts zu einem Wertungsbild assoziieren¹⁾, "sinkt die Wertschätzung, geht der Umsatz zurück, ... und stirbt schließlich die Ware".²⁾

Eine Ausweitung der Absatzorganisation ohne diese nachteiligen Folgen für seinen Ruf und für das Image des Markenartikels kann der Hersteller in der Weise vornehmen, daß er die Produktion aufspaltet und sie teils als Markenartikel weiterhin ausschließlich über das Fachgeschäft, teils in neutraler Verpackung oder unter einer anderen Marke über das Nicht-Fachgeschäft vertreibt.

a₍₂₎ Vertikale Preisbindung und Handel

Der Hersteller, der die Preise seiner Markenware vertikal bindet, muß dabei berücksichtigen, daß ein Teil der bisherigen oder der potentiellen Absatzmittler an dem Vertrieb des nun preisgebundenen Markenartikels evtl. nicht mehr interessiert ist. Die vertikale Preisbindung bedeutet gerade für die bezüglich der Massendistribution - beim Markenartikel handelt es sich ja um ein in Massenfertigung hergestelltes Konsumgut - rationell arbeitenden Großbetriebe des Handels (Warenhäuser, Filialgeschäfte, freiwillige Zusammenschlüsse etc.), daß ihnen die Möglichkeit des Agierens mit jenem absatzpolitischen Instrument genommen wird, das sie in besonders wirksamer Weise handhaben können, nämlich die Preispolitik.³⁾ "Deswegen muß ein Hersteller, der die Preisbindung einführt, damit rechnen, daß diese Absatzmittler seine Erzeugnisse nicht mehr in gleichem Maße fördern werden wie die preisfreie Ware, oder sie ganz aus ihrem

1) Vgl. Buchheister, MA 1957, S. 666.

2) Bergler, G., Markenartikel, in: HDSW, a.a.O., S. 128; vgl. ferner Bergler, G., Gestaltwandel des Markenartikels, in: Beiträge zur Absatz- und Verbrauchsforschung, Bd. I: Marktwirtschaft und Verbrauch, Nürnberg 1957, S. 49.

3) Vgl. Mellerowicz, Markenartikel, S. 61 ff.; Angehrn, Handelsmarken und Markenartikelindustrie, Freiburg 1960, S. 37; Thurmann, a.a.O., S. 37.

Sortiment streichen."¹⁾ Der Produzent versperert sich somit selbst gewisse Absatzwege für seinen preisgebundenen Markenartikel und vermindert damit die Auswahlmöglichkeiten bei der Gestaltung der Absatzorganisation.

Wenn auch diese Wiederverkäufer an dem preisgebundenen Markenartikel im allgemeinen nicht interessiert sind, so ist damit noch nicht gesagt, daß sie grundsätzlich als Absatzmittler ausfallen. Der Hersteller darf zwar seinen Markenartikel nur an solche Händler liefern, die sich zur Einhaltung der Preisbindung verpflichten, es steht ihm jedoch frei, einen Teil seiner Produktion ohne Marke bzw. unter der Eigenmarke der abnehmenden Handelsbetriebe und -organisationen und außerhalb der Preisbindung auch über solche Mittler abzusetzen, die am Verkauf preisgebundener Artikel kein Interesse haben²⁾³⁾ und auf deren Dienste der eingleisig vertreibende Preisbinder verzichten muß.

Mit Hilfe der Zweispurigkeit kann, wie die obigen Ausführungen zeigen, eine Ausweitung der Absatzorganisation vorgenommen werden, weil zu der Anzahl der alten Geschäfte neue Händlerabnehmer hinzugewonnen werden können. "Der zweigleisige Vertrieb ermöglicht dem Hersteller die gleichzeitige Benutzung unterschiedlicher Absatzwege und damit die Erschließung neuer Märkte."⁴⁾ In diesen Fällen ist oftmals mit der Produktdifferenzierung gar keine Preisdifferenzierung beabsichtigt; jene ergibt sich hier vielmehr als Folge der Erschließung neuer Absatzkanäle.

1) Hax, a.a.O., S. 29.

2) Vgl. Eitel, a.a.O., S. 166 f.; Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 114.

3) Persönliche Auskunft eines MA-Unternehmens (Textilbranche): "Die Tendenz scheint weiterhin zur Handelsware und fort von der Fabrikmarke zu verlaufen, und während der Einzelhändler im allgemeinen den preisgebundenen Fabrikmarken den Vorzug gibt, ziehen Versender und Kaufhäuser das Neutralgarn unter ihrer eigenen Marke vor."

4) Schott, MA 1967, S. 583; vgl. dazu auch die persönliche Auskunft eines MA-Unternehmens (Hersteller von Elektrogeräten): "Dagegen ist zu berücksichtigen, daß durch zusätzliche Handels- und Zweitmarken weitere Vertriebswege erschlossen werden können."

b) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Umsatz-
ausweitung

Grundsätzlich geht es dem im marktwirtschaftlichen System operierenden Unternehmer nicht darum, den höchstmöglichen Umsatz, sondern den größtmöglichen Gewinn zu erzielen, der sich aus der höchsterreichbaren Differenz zwischen Gesamterlös und Gesamtkosten ergibt. Dieses Gewinnmaximum kann - solange der gewinnoptimale Beschäftigungsgrad noch nicht erreicht ist - durch den Absatz zusätzlicher Einheiten realisiert werden.¹⁾²⁾ Wenn mit Hilfe des zweigleisigen Vertriebs versucht wird, eine Umsatzausweitung zu erreichen, so liegt dem eine dynamische Verhaltensweise, d. h. eine offensive Marktstrategie zugrunde.³⁾

b₍₁₎ Erschließung neuer Käuferschichten

Die in einem bestimmten Marktgebiet ansässigen Personen und Haushalte lassen sich in drei Gruppen aufgliedern: Zunächst die, deren Angehörige bereits Verwender eines bestimmten Gutes sind, ferner jene, welche aus irgendwelchen Gründen (z. B. durch die Barriere des begrenzten Einkommens) noch nicht als Käufer in Frage kam, bei der aber bereits ein "erkanntes Bedürfnis"⁴⁾ besteht, und schließlich die, bei der ein entsprechendes Bedürfnis überhaupt nicht vorliegt und die damit von vorneherein als Abnehmer ausscheidet.

Der Versuch eines MA-Herstellers, in dieser Situation durch verstärkte Werbung eine Umsatzausweitung herbeizuführen, wird oftmals nicht die gewünschte Wirkung haben. Als ein

1) Vgl. Wöhe, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt 1967, S. 202.

2) Nicht übersehen wird dabei, daß in der Praxis oft als einziges Ziel der maximale Umsatz angestrebt wird (sog. Marktanteildenken).

3) Vgl. persönliche Auskunft eines MA-Unternehmens (hygienische Artikel): "Für einen zweigleisigen Vertrieb unserer Waren spricht ein größerer Umsatz." MA-Unternehmen (Getränkhersteller): "Der Vorteil dieser Absatzmethode liegt für die Brauerei darin, daß sie zusätzlich zu den unter ihrem Namen vertriebenen Produkten einen weiteren Verkauf erhalten kann unter anderem Namen."

4) Vgl. Schäfer, Grundlagen der Marktforschung, Köln und Opladen 1966, S. 132.

weitaus wirksameres Mittel zur Erreichung dieses Zieles erweist sich der zweigleisige Vertrieb.

Der Unternehmer, der einen Teil seiner Produktion anders markiert oder in neutraler Aufmachung und zu einem niedrigeren Preis absetzt, kann auf diese Weise für sein Produkt neue Käuferschichten erschließen, bei denen ein entsprechendes Bedürfnis vorhanden ist, die aber aufgrund des für sie zu hohen Markenartikelpreises¹⁾ bisher als Abnehmer nicht in Frage kamen. Zu Recht weist Jacob-Steinorth²⁾ darauf hin, daß trotz ständig steigender Inanspruchnahme des Konsumentencredits als vorweggenommenes Einkommen für viele Verbraucher auch heute noch der niedrige Preis einen entscheidenden Einfluß auf den Kaufentschluß hat.

Diese Umsatzausweitung könnte evtl. auch mit einer generellen Preisreduzierung beim Markenartikel erreicht werden; dies erscheint jedoch vor allem aus zwei Gründen weniger günstig.

Zunächst ist es fraglich, ob wirklich durch eine generelle Preissenkung beim Markenartikel eine derartige Umsatzausweitung herbeigeführt werden kann, wie dies beim zweigleisigen Vertrieb durch die Erschließung neuer Käuferschichten möglich ist. Es ist ohne weiteres denkbar, daß gerade bei einer Preissenkung bisherige Abnehmer verloren gehen, weil sie in jener eine Qualitätsminderung vermuten und sie sich durch die Verwendung dieses Markenartikels - dies gilt für Produkte, die vor allem des Geltungsnutzens wegen gekauft werden - nun nicht mehr von den sozial niedrigeren Schichten abheben können.

Zum anderen ist bei einer derartigen Preisspaltung der Gesamterlös und damit auch der Gewinn höher als bei einer generellen Preisreduzierung beim Markenartikel, selbst wenn durch diese die gleiche Umsatzausweitung erzielt werden könnte, da die bisherigen Abnehmer weiterhin zum alten Preis

1) oder weil sie sich mit dem Produktbild des Markenartikels - bewußt oder unbewußt - persönlich nicht identifizieren können; vgl. Bergler, R., Psychologie des Marken- und Firmenbildes, Göttingen 1963.

2) Vgl. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 9.

beliefert werden.¹⁾

Die Doppelgleisigkeit ermöglicht es somit dem Produzenten, seine bisherigen Markenartikelabnehmer mit der normal kalkulierten Herstellermarke zu beliefern und daneben über das zweite Gleis die billigere Produktvariante abzusetzen. Ohne für die gesamte Produktion eine evtl. nicht tragbare Preisreduzierung vornehmen zu müssen, kann er auf diese Weise einen größeren Kundenkreis erreichen, indem auch solche Käufer erfaßt werden, die nur bei niedrigerem Preis kaufbereit sind. "Das Kalkül des zweigleisigen Vertriebs besteht also darin, den größtmöglichen Kundenkreis mit der Fabrikmarke zu beliefern, aber zuzüglich auch einen möglichst großen Kreis von Verbrauchern, der mit der Fabrikmarke nicht erfaßbar ist, noch mit einer Handelsmarke oder mit anonymen Ware zu erreichen."²⁾

Der zweispurig vertreibende Hersteller spaltet somit seinen gesamten Absatzmarkt in selbständige Teilmärkte mit unterschiedlichen Nachfrageelastizitäten und schöpft die Konsumentenrente ab.³⁾ An anderer Stelle⁴⁾ wurde dieser Sachverhalt als Preisdifferenzierung nach Verbraucherpräferenzen bezeichnet.

b₍₂₎ Partizipationseffekt des zweigleisigen Vertriebs

Im vorhergehenden Abschnitt wurde dargelegt, daß eine Umsatzausweitung in der Form zu erreichen ist, daß zusätzliche Käuferschichten, die ein derartiges Gut bisher überhaupt nicht verwendeten, gewonnen werden können.

Ein Mehrumsatz wird jedoch auch durch den "Partizipationseffekt"⁵⁾ herbeigeführt. Darunter soll in diesem Zusammenhang der Sachverhalt verstanden werden, daß ein Unternehmer durch die "Zweit-Gleis-Ware" an Märkten von Konkurrenz-

1) Vgl. Rundschreiben des Markenverbandes, Nr. 82, 1966.

2) Sturm, MA 1966, S. 805.

3) Schott, MA 1967, S. 583.

4) Vgl. oben, S. 11.

5) Vgl. Gutenberg, a.a.O., S. 401 f.

erzeugnissen partizipiert.¹⁾²⁾ Mit diesem Effekt ist vor allem dann zu rechnen, wenn die billigere Ausführung mit gleichartigen Waren anderer Hersteller in Wettbewerb tritt (z. B. die anonyme Produktvariante mit gleichartigen anonymen Waren anderer Hersteller). Die Wirksamkeit dieses Effekts ist dabei umso größer, je höher bei gleicher Qualität der Preis bzw. je niedriger bei gleichem Preis die Qualität der Konkurrenzserzeugnisse ist.

Naturgemäß wird der Partizipationseffekt beim Konkurrenzverhältnis zu gleichartigen anonymen Waren größer sein, als wenn die unmarkierte "Zweit-Gleis-Ware" mit den der gleichen Bedarfskategorie angehörenden Markenartikeln anderer Hersteller in Wettbewerb tritt. Obgleich dieser Effekt auch hier beobachtet werden kann³⁾, tritt er doch nur in schwächerem Maße auf, da die Käufer dieses Markenartikels eine gewisse Markentreue bekunden und ihn nicht wegen einer sich in bestimmten Toleranzgrenzen haltenden Preisdifferenz aufgeben.⁴⁾ Die Intensität der Partizipation der über das zweite Gleis abgesetzten Produktvariante am Marktanteil fremder Markenartikel hängt entscheidend davon ab, ob bereits der billigeren Ausführung ähnliche anonyme Waren im Verkehr sind. Trifft dies zu, so wird der Partizipationseffekt am Marktanteil fremder Markenartikel nur sehr gering, evtl. sogar gleich Null sein, da diesen Markenartikelkäufern bereits vorher die Möglichkeit offenstand, eine billigere Ware als den Markenartikel zu erwerben.

b₍₃₎ Zweigleisiger Vertrieb und Sortiment des Händlers

Der Händler vermag aus dem oft überreichen Angebot von Waren, die das gleiche Verbraucherbedürfnis zu befriedigen imstande sind, immer nur eine begrenzte Anzahl in sein Sortiment aufzunehmen. In einem solchen Fall kann

1) Vgl. Fiuczynski, a.a.O., S. 169.

2) Zur Frage der Eigenkonkurrenz vgl. unten, S. 58.

3) Vgl. Angehrn, Handelsmarken und Markenartikelindustrie, Freiburg i. Br. 1960, S. 42: "Sie untergraben auch den fremden Markenartikeln das Absatzfundament."

4) Vgl. dazu auch oben, S. 7 f.

sich ein Markenartikelhersteller mit Hilfe der Preisspaltung neben dem Anteil, den sein MA am Sortiment des Händlers einnimmt, einen weiteren sichern.¹⁾ "Er erlangt damit einen Absatzanteil, der ansonsten an die Konkurrenz verloren gegangen wäre."²⁾

b₍₄₎ Forcierung der Herstellermarke durch den Handel

Die häufigste Erscheinungsform des zweigleisigen Vertriebs dürfte die sein, daß Hersteller industrieller Markenartikel ihre Ware unter eigener Marke und als Handelsmarke vertreiben.³⁾

Die Annahme von Handelsmarkenaufträgen durch den Produzenten hat für diesen nicht nur den Vorteil, daß er neue Abnehmer gewinnt, sondern er schafft dadurch - wie Erfahrungen in den USA lehren - auch ein besseres Verhältnis zwischen sich und seinen Händlerabnehmern. Obwohl Handelsmarke und Markenartikel miteinander konkurrieren, schlägt sich das verbesserte Verhältnis in einer Umsatzausweitung der Herstellermarke nieder, denn der Händler steht dieser nun aufgeschlossener gegenüber, bietet ihr im Rahmen seines Sortiments bessere Regalplätze an⁴⁾ und dankt dem Hersteller seine Lieferbereitschaft mit einer Forcierung des Absatzes seiner Produkte.

1) Vgl. Hoppmann, Binnenhandel und Binnenhandelspolitik, Berlin 1958, S. 56.

2) Etmer, a.a.O., S. 206.

3) Vgl. MA 1961, S. 76: "Nur wenn besondere Umstände uns dazu zwingen, bringen wir gewisse Artikel unter eigenen Marken heraus. Dann setzen wir uns gewöhnlich mit den wichtigsten Herstellern des betreffenden Artikels in Verbindung und bieten ihm an, diesen Artikel mit seiner Erfahrung und seinen Produktionsmöglichkeiten für uns herzustellen. Es handelt sich ja nur um seinen eigenen Artikel in unserer Packung."

4) Vgl. Schott, MA 1967, S. 585: "Die Position des Handels gegenüber dem Hersteller festigte sich im Laufe der letzten Jahrzehnte in dem Maße, wie Konzentration und Kooperation im Handel voranschritten. Da ständig steigende Umsatzanteile von einer immer geringeren Zahl von Einzelhandelsunternehmen und Handelsorganisationen kontrolliert werden, ist der Kampf um die Regalplätze in den Läden von entscheidender Bedeutung. Eine wirksame Waffe des Einzelhändlers im Wettbewerbskampf der Markenartikel mit den Handelsmarken ist die Kontrolle über seine Regale."

Durch die guten Beziehungen zum Handel gelingt es dem zweispurig vertreibenden Hersteller oft auch noch aus einem anderen Grund, seine eigenen Markenartikel besser abzusetzen. Hat er große Einzelhändler als Abnehmer gewonnen, kommen seine Reisenden und Vertreter in engeren Kontakt mit ihnen und lernen ihre Vertriebsprobleme an der Quelle kennen. Damit sehen sie automatisch Möglichkeiten und Wege, wann und wie irgendwo einer bestimmten Situation besser begegnet werden kann. Durch diese Kontakte findet der Hersteller neue Wege, um seine eigene Herstellermarke beim Handel bekannt und beliebt zu machen.¹⁾

Besonders positiv gegenüber der Absatzpolitik ihres zweispurig vertreibenden Arbeitgebers stehen jene Vertreter, die auch Umsätze im Bereich der Händler- und Eigenmarken mit zu ihren Quoten zählen dürfen. Ferner fällt es diesen Vertretern leichter, bereits bekannte Händler zum Vertrieb der Herstellermarke bewegen zu können. In sehr vielen Fällen sind gerade sie es, die die Beziehungen im Hinblick auf Markenartikel-Umsätze zu Großabnehmern anknüpfen.

c) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Bekämpfung von Absatzschwierigkeiten

Während oben die Verfahren aufgezeigt wurden, die es ermöglichen, den zweigleisigen Vertrieb als Instrument einer offensiven Absatzpolitik einzusetzen, soll nun die Zweispurigkeit im Hinblick auf ihre Eignung als Mittel einer defensiven Marktstrategie untersucht werden. Der unternehmungspolitischen Konzeption liegt hier nicht die Absicht einer Umsatzausweitung zugrunde, sondern allein das Bestreben, das bestehende Produktions- und Absatzvolumen aufrecht zu erhalten.

Der steigende Sättigungsgrad, der den heutigen Konsumgütermarkt zum hart umkämpften Käufermarkt macht, setzt die Hersteller einem starken Absatzdruck aus. Die vorhandenen, oft auf zyklische Nachfragespitzen ausgerichteten Kapazi-

1) Persönliche Auskunft eines MA-Unternehmens (Hersteller von Körperpflegemitteln).

täten müssen möglichst voll ausgelastet werden, und die rationalisierte und zunehmend automatisierte Produktion muß nach Möglichkeit in betriebswirtschaftlich optimalen Losgrößen hergestellt werden. Nicht ausgenutzte Kapazitäten mindern nicht nur den Gewinn, sondern sind oft schlimme Verlustquellen. Ähnlich schwerwiegend sind die aus nicht geräumten Fertigwarenlager-Beständen entstehenden Verluste. Die gesamte Produktion muß im Markt abgesetzt werden.¹⁾

Die Lagerung einer überschüssigen Produktion ist nur bei kurzfristigen Absatzschwankungen angebracht, und auch dann nur, wenn die Ware haltbar bzw. keinen modischen Einflüssen ausgesetzt ist und die Kosten der Lagerung geringer sind als die Vorteile, die sich aus einer gleichmäßigen Beschäftigung ergäben.

Auch eine allgemeine Preissenkung ist nicht immer als ein brauchbares Mittel zur Bekämpfung eines kurzfristigen oder saisonalen Absatzrückgangs anzusehen.²⁾ Denn einmal können die mit einer Preissenkung verbundenen Kosten sehr hoch sein, zum anderen ergeben sich Schwierigkeiten, wenn nach Überwindung der Absatzkrise die Preise wieder erhöht werden sollen. Ferner ist zu bedenken, daß bei einer offenen Preissenkung die Gefahr besteht, daß die Konkurrenz unmittelbar preispolitisch reagiert.

Oft verbleibt somit für den Markenartikelhersteller nur die Möglichkeit des zweigleisigen Vertriebs, um eine überschüssige Produktion abzusetzen bzw. von hohen Lagerbeständen herunterzukommen und damit Absatzschwierigkeiten wirksam zu bekämpfen. "Die Produktion von Handelsmarken dient nicht wenigen Betrieben zur saisonalen Auslastung freier Kapazitäten, also schlicht als 'Maschinenfutter'."³⁾ Nach Feststellungen des Verfassers wird der zweigleisige Vertrieb aus diesem Motiv vor allem in der Textilindustrie praktiziert.

1) Vgl. Mellerowicz, Markenartikel, S. 59.

2) Vgl. Fiuczynski, a.a.O., S. 170 f.; Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, a.a.O., S. 13.

3) Hattemer, die absatzwirtschaft 1963, S. 254.

Zu beachten ist, daß der zweispurige Vertrieb nicht nur zur Überwindung kurzfristiger sowie saisonaler Absatzschwierigkeiten, sondern auch zur Bekämpfung mittel- und langfristiger Umsatzschwankungen wirksam eingesetzt werden kann,¹⁾²⁾ wie die Vorgänge am Strumpfmärkte beweisen.

Als in den Jahren 1957/58 infolge der stürmischen Expansion der nahtlosen Strümpfe die Absatzschwierigkeiten für die herkömmlichen Nahtstrümpfe immer größer wurden, versuchten einige Hersteller ihr Produktionsvolumen dadurch zu halten, daß sie einen Teil der Nahtstrümpfe unmarkiert und außerhalb der Preisbindung zu einem stark reduzierten Fabrikpreis über Warenhäuser, Versandgeschäfte und ähnliche Abnehmer verkauften. Daneben wurde jedoch der traditionelle Vertrieb der Strümpfe mit der Herstellermarke und zum festgesetzten sowie durch die Preisbindung abgesicherten Preis aufrecht erhalten.

Im Vergleich zu den beiden, ebenfalls zur Verfügung stehenden Alternativen, nämlich 100%iger Vertrieb gleicher Strümpfe zum gebundenen Preis, der jedoch in Anpassung an die Marktverhältnisse wahrscheinlich hätte gesenkt werden müssen, oder aber völlige Freigabe des Endverbraucherpreises, wählten die Hersteller als "goldenen Mittelweg" den zweigleisigen Vertrieb in der Hoffnung, den damit nach der Marktlage höchstmöglichen Umsatz und Gewinn zu erzielen. Ausgangspunkt dieser Vertriebsmethode war die durchaus realistische Überlegung, daß bestimmte Verbraucherschichten im Vertrauen auf die einmalige und besondere Qualität der Marke weiterhin die markierten Nahtstrümpfe zum hohen gebundenen Preis kaufen würden.³⁾

Ein weiteres Beispiel für eine Marktsituation, in der der zweigleisige Vertrieb zur Behebung von Absatzschwierigkeiten eingesetzt wird, ist die Überproduktion von Flaschenbier.

1) Im letzteren Fall wenigstens solange, bis die Produktionsanlagen auf den gewandelten Geschmack umgestellt sind; gl.A. Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 1141.

2) A.A. offensichtlich Jacob-Steinorth (a.a.O., S. 12), der nur auf kurzfristige Produktionsstauungen und Saisonschwankungen abstellt.

3) Vgl. Kosiek, a.a.O., S. 160; Völp, MA 1960, S. 47.

Viele Brauereien schicken, um ihren regionalen Markt nicht noch mehr zu belasten, einen Teil ihrer Produktion "in die Ferne" und bieten ihn dort unter einer Zweitmarke billiger an, um die Standardmarke vom Odium des Schleuderpreises frei zu halten. Ein Überschuß in der Bierproduktion wird auch unter Handelsmarken verkauft. Großbrauereien benutzen ferner kleinere Tochterfirmen oder kurz vorher erworbene Brauereien, um mit deren Marken Schleuderpreise zu machen, die unterhalb der Erlöse der Muttergesellschaft liegen.¹⁾

d) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Verhinderung von Überbeschäftigung

In Zeiten der Überbeschäftigung (Saisonspitze, besonders hohe Konjunktur etc.) wird versucht, die planmäßige Kapazität durch Überbeanspruchung der menschlichen und maschinellen Kräfte sowie durch behelfsmäßige Betriebserweiterung bis aufs letzte auszunutzen. Die damit verbundenen Überanstrengungserscheinungen aller Art schlagen sich in einem überproportionalen Anstieg der Gesamtkosten nieder. Dauernde und bedeutende Überschreitungen dieser Leistungsgrenze erfordern eine Betriebserweiterung.²⁾

Handelt es sich jedoch um eine individuelle Überbeschäftigung eines bestimmten Markenartikelunternehmens, und erscheint eine Betriebserweiterung unzweckmäßig, da die hohe Nachfrage nur als eine vorübergehende Erscheinung angesehen wird, kann der Unternehmer die nachteiligen Folgen der Überbeschäftigung dadurch umgehen, daß er anderen Markenartikelproduzenten der betreffenden Branche, deren Kapazitäten nicht voll ausgelastet sind, einen Teil ihrer Produktion abnimmt und diesen unter der äußeren Aufmachung seines Markenartikels vertreibt.³⁾⁴⁾ Dies hat zur Folge, daß die gleiche Ware unter verschiedenen Herstellermarken

1) Vgl. FAZ vom 11.3.1968, S. 13.

2) Vgl. Schäfer, Die Unternehmung, 5. Aufl., Köln und Opladen 1963, S. 257 f.

3) Voraussetzung ist allerdings, daß bezüglich der technischen Qualität keine wesentlichen Unterschiede bestehen.

4) Abzugrenzen davon ist das "Kollegialgeschäft".

an den Verbraucher gelangt.

- e) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Senkung des betrieblichen Kostenniveaus

In den vorhergehenden Ausführungen wurden bereits einige Kostenaspekte des zweigleisigen Vertriebs kurz angedeutet, auf die nun näher eingegangen werden soll.

e₍₁₎ Optimale Auslastung der Kapazitäten

Die Umsatzausweitung, die mit Hilfe der Doppelgleisigkeit herbeigeführt werden kann, ist nicht nur unter dem Ertrags-, sondern auch unter dem Kostenaspekt für den zweispurig vertreibenden Hersteller von Vorteil.

Da die einzelnen Produktvarianten beim zweigleisigen Vertrieb der gleichen Produktion entstammen, ermöglicht eine solche Preisspaltung die Ausnutzung von Größendegressionen, eine intensivere Auslastung der Kapazitäten¹⁾ und so - bedingt durch die Abhängigkeit der Kosten vom Beschäftigungsgrad - eine Senkung der Durchschnittskosten je Leistungseinheit²⁾; evtl. kann durch die auf Grund der Zweispurigkeit ausgelöste Umsatzsteigerung sogar der optimale Beschäftigungsgrad erreicht und der Betrieb damit zur Idealbeschäftigung geführt werden, "in welcher alle seine Produktivkräfte in ihrer günstigsten Proportion zueinander stehen"³⁾ und die Fertigungskosten je Leistungseinheit am geringsten sind.

1) Dieser Aspekt wird von fast allen Autoren, die sich mit der Problematik des zweigleisigen Vertriebs beschäftigen, angeführt. Auch bei der vom Verfasser durchgeführten Unternehmungsbefragung kehrt dieser Gesichtspunkt immer wieder; vgl. dazu ferner GfK-Sonderdienst 1960, S. 198.

2) Vgl. MA 1961, S. 76: "Statt uns mit der Konkurrenz herumschlagen, arbeiten wir mit ihr zusammen. Die gesamte Warenmenge - sowohl der Markenartikel als auch unsere eigene Hausmarke - wird in der gleichen Fabrik hergestellt und mindert die Grundkosten der Produktion. Dadurch helfen wir dem Produzenten seine eigene Ware auf dem Markt konkurrenzfähiger zu machen, indem wir uns an seinen Gemeinkosten beteiligen."

3) Schäfer, Die Unternehmung, S. 257 ff.

e₍₂₎ Einsparungen im Vertriebsbereich

Unabhängig davon, ob für den Absatz über das zweite Gleis eine besondere Vertriebsorganisation aufgezogen wird oder nicht, in jedem Fall geht es darum, diese Organisation mit ihren hohen fixen Kosten bis zum Äußersten einzusetzen und eine möglichst dichte Bearbeitung der wirklichen und potentiellen Abnehmer auf der Händler- und Verbraucherebene zu erreichen. Verstärkter Absatzzwang, scharfer Wettbewerb und Marktwiderstände jeglicher Art führen zu einer steigenden Tendenz der Absatzkosten in allen Bereichen der Distribution; dies zeigt sich vor allem bei den ständig wachsenden Aufwendungen für die Werbung. Ohne Steigerung der Vertriebskosten ist der Absatz in seinem bisherigen Umfang nicht aufrecht zu erhalten. Diese hohen Aufwendungen stellen jedoch für viele Betriebe eine starke Belastung dar. So wird berichtet¹⁾, daß in der Spirituosenindustrie etwa 10 % des Umsatzes auf Werbekosten fallen. Bei Haushaltsmaschinen soll der Werbekostenanteil mehr als 10 % des Nettopreises der Produkte betragen. Auch in der Zigarettenindustrie dürften die Werbeaufwendungen sehr hoch liegen.

Die Vertriebskosten im Bereich der Industrie sind durch eine hohe Remanenz gekennzeichnet, d. h. sie folgen einem Anwachsen der Absatzvolumina sehr schnell, lassen sich aber bei rückläufigem Absatz nicht oder nur sehr langsam abbauen. Diese Vertriebskostenremanenz ist auch im Zusammenhang mit ihrem abnehmenden Elastizitätsgrad zu sehen. Die Relation zwischen den umsatzunabhängigen (fixen) und den umsatzabhängigen (variablen) Kosten verschiebt sich zu Ungunsten der letzteren. Diese Erstarrung der Vertriebskosten führt zu einer zunehmenden Absatzempfindlichkeit und Krisenanfälligkeit.

Auf die verschiedenen Vorschläge für Auswege aus dieser Vertriebskosten-Bedrangnis will im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden²⁾; sicher ist jedoch, daß die Last der

1) Vgl. Hattmer, die absatzwirtschaft 1963, S. 252

2) Zu denken ist hier vor allem an eine selektive Absatzpolitik (Verlegung des Schwergewichts auf rentable Kundengruppen, Absatzwege und Auftragsgrößenklassen).

Vertriebskosten maßgeblichen Anteil daran hat, daß immer mehr Markenartikelhersteller zwei- oder mehrgleisig vertreiben.

Die steigenden Vertriebskosten stellen den Markenartikelhersteller vor die Frage: soll unter sehr hohen zusätzlichen Kosten für Werbung, Vertriebsorganisation, Verkaufsförderung, "merchandising" und Erzeugnisentwicklung mit aller Gewalt versucht werden, den eigenen Marktanteil zu verteidigen, oder soll man seine Produktion über mehrere Gleise absetzen. Immer häufiger wählt man in dieser Situation mit Erfolg die zweite Alternative.

Den zunehmenden Belastungen im Vertriebsbereich kann sich der Unternehmer weitgehend dadurch entziehen, daß er mit den Großbetrieben des Handels zusammenarbeitet und Handelsmarkenaufträge entgegennimmt. Dies bringt ihm zunächst einmal den Vorteil, daß er den Handel auf seiner Seite hat,¹⁾ der ihm darüber hinaus neben der Sorge um den Absatz auch einen großen Teil der hohen Marketing-Aufwendungen abnimmt.²⁾ Zum Ausgleich dafür erklärt sich der Hersteller mit einem niedrigeren Preis einverstanden; allgemein ausgedrückt: Sind die festen Kosten der Produktion und des Vertriebs über den ersten Absatzweg ganz oder zum größten Teil aus dem gebundenen Preis gedeckt, dann bietet sich die Möglichkeit an, sich über einen weiteren Absatzweg andere Marktsektoren zu erschließen und sie zu einem nach Grenzkostenkalkulation möglichen geringeren Preis zu beliefern, mit oder ohne zusätzliche Marke, mit oder ohne Preisfixierung. Dann werden im Verfahren des "direct costing" nur die variablen, auf die Erzeugnisse als Kostenträger unmittelbar oder mit ausreichender Genauigkeit zurechenbaren Kosten der Preiskalkulation zugrunde gelegt.

e₍₃₎ Der Einfluß der Auftragsgröße auf die Kostengestaltung

In engem Zusammenhang mit dem Einfluß des Beschäftigungsgrades auf die Kostengestaltung und der Vertriebskosten-

1) Vgl. Hattemer, die absatzwirtschaft 1963, S. 254.

2) Vgl. Lutz, MA 1938, S. 131.

problematik steht der Einfluß der Auftragshöhe auf die Kostengestaltung. Im folgenden sollen mit speziellem Zuschnitt auf die Schuhindustrie die positiven Wirkungen großer Handelsmarken-Aufträge im Rahmen der absatzpolitischen Konzeption "zweigleisiger Vertrieb" auf das betriebliche Kostenniveau untersucht werden.

Auf der Abnehmerseite der Deutschen Schuhindustrie vollzieht sich seit Jahren eine wachsende Konzentration im Einkauf. Die Schuhabteilungen der Versandhäuser und Warenhauskonzerne gewinnen als potente Abnehmer immer mehr an Bedeutung. Diese Konzerne verlangen entweder neutrale Aufmachungen oder gebrauchen eigene Markennamen.

Auch der Schuhfachhandel hat sich überwiegend in genossenschaftlichen Einkaufsgemeinschaften zusammengeschlossen. Der Einkauf erfolgt - ebenfalls unter eigenen Markennamen (z.B. NORDWEST, KRISTALL, RINGSCHUH) - zentral.

Der Vorteil, sich diesen starken Abnehmergruppen zuzuwenden, liegt für den Fabrikanten - neben den Einsparungen der hohen Werbekosten¹⁾ - vor allem darin, daß diese Abnehmer durch konzentrierten Einkauf in der Lage sind, in wenigen Artikeln zu disponieren, was eine rationelle Fertigung ermöglicht.²⁾ Die Gesamtkosten pro Stück sinken mit der Zunahme der Auftragsmenge. Je größer der der Fertigung übergebene Auftrag ("Losgröße") ist, desto ausgeprägter ist die Auflagendegression, weil sich die festen Auflagekosten auf eine wachsende Zahl von Kostenträgern verteilen.³⁾

Eine erhebliche Rolle spielt in der Schuhindustrie das Moment des Einarbeitens auf das andersartige Erzeugnis, die Übung und damit die Arbeitsbeschleunigung. Bei hohen Auflagen bringen es die Arbeitskräfte zu wachsenden Leistungsmengen je Zeiteinheit, während bei Klein- und Kleinstaufträgen die ganze Umstellungs- und Einarbeitungslast von den

1) Eine Marke kann in der Schuhindustrie nur dann voll zur Geltung gebracht werden, wenn eine kostspielige Werbung getrieben wird (z. B. ROMIA) oder ein Konzern wie Salamander über Lederfabriken, Schuhfabriken und Schuhgeschäfte verfügt.

2) Persönliche Auskunft eines MA-Unternehmens (Schuhfabrikant).

3) Vgl. Schäfer, Die Unternehmung, S. 247 ff.

wenigen Exemplaren einer Sorte getragen wird. Ferner kann sich bei großen Serien der Stoffverbrauch je Stück verringern, da die Arbeitskräfte in der Ausnutzung des Ausgangsmaterials, z. B. des Oberleders, immer geschickter werden.

Schließlich wird erst bei größeren Aufträgen die Anfertigung und Verwendung besonderer Arbeitsmittel lohnend. So findet man in der gleichen Schuhfabrik bei kleineren Serien die Anwendung von Schablonen für das Zuschneiden des Oberleders, während bei großen Serien eigene Stanzformen hergestellt werden und die Stanzung der Oberlederteile damit maschinell erfolgt.¹⁾

Im Absatzbereich treten bei den Handelsmarken-Aufträgen der großen Abnehmergruppen derartige Auftragsgrößendegressionen insofern auf, als die für Gewinnung und Ausführung eines Auftrages erforderlichen Bemühungen (z. B. Kundensuche und -besuche, Angebotsunterbreitung, Auftragsbestätigung, Rechnungsausstellung, Zahlungseinzug, Verbuchungen) von der Größe des erzielten Auftrages ganz oder weitgehend unabhängig sind.

Ferner ist die Bonität bei diesen starken Abnehmern über jeden Zweifel erhaben, so daß keine Mahngebühren oder evtl. Factoring-Kosten anfallen. Zahlungsausfälle wurden bis jetzt nicht bekannt. "Die erheblichen Orders der großen westdeutschen Schuheinkaufsvereinigungen können den Fabriken auch schon deshalb willkommen sein, weil diese solventen großen Abnehmer prompt bezahlen und die Hersteller nicht bei einer Vielzahl von vielleicht säumigen kleineren Abnehmern ihre Außenstände eintreiben müssen. Insofern kann der zweigleisige Vertrieb nicht nur für die Vertriebsabteilung, sondern auch für die Hauptbuchhaltung von Reiz sein."²⁾

e₍₄₎ Der Einfluß der Bestellgröße auf die Kostengestaltung

Wird durch die Preisspaltung im Rahmen einer offensiven

1) Vgl. Schäfer, Die Unternehmung, S. 249.

2) Hattemer, die absatzwirtschaft 1963, S. 254.

Marktstrategie eine Umsatzausweitung herbeigeführt, so erhöhen sich damit gleichzeitig auch die Bestellmengen des zweigleisig vertreibenden Herstellers bei seinen Lieferanten.

Die kostenwirtschaftliche Lage eines Unternehmens wird jedoch in entscheidendem Maße davon beeinflusst, ob es gelingt, bei der Beschaffung der Produktionsfaktoren, besonders beim Einkauf der Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe günstigere Preise als die Mitbewerber zu erzielen. Dies hängt wiederum in erster Linie von den jeweiligen Bestellmengen ab.

Die Kosten des Bezugs von Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen gehen im allgemeinen mit steigender Beschaffungsmenge zurück, da einerseits gewisse Preisvorteile, besonders in Form von Mengenrabatten, eingeräumt werden, zum anderen sich die Frachttarife ermäßigen. Schließlich ist auch ein Teil der durch die Beschaffungsorganisation der Unternehmung verursachten Kosten zeitabhängig. Mit steigenden Beschaffungsmengen wirken sich diese Fixkosten kostensenkend auf die Einheitskosten aus.

Die mit zunehmender Bestellgröße wachsende Einkaufsmacht verhilft dem zweigleisig vertreibenden Unternehmer zu günstigeren Konditionen, die sich, um kostenwirksam zu werden, nicht einmal direkt auf den Preis beziehen müssen. Auch qualitative Momente wie Krediteinräumung, Qualitätsgarantien, Lieferfristen wirken sich indirekt auf die Höhe der Kosten aus. Kostenersparnisse können auch erzielt werden, wenn auf Grund von Lieferzusagen die eigenen Lagerbestände an Vormaterialien kleiner gehalten werden können (Ersparnisse an Zinsen und Personalkosten für die Lagerhaltung).¹⁾

f) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Bekämpfung der Konkurrenz

Der Markenartikelhersteller wird neben dem Bestreben, sei-

1) Vgl. Heinen, Konzentration und Kosten, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Berlin 1960, S. 1633 ff., mit weiteren Nachweisen.

nen einmal gewonnenen Marktanteil gegenüber der Konkurrenz zu erhalten und abzusichern, häufig versuchen, diesen möglichst auch zu erweitern. In diesem Fall muß neben die mehr defensive Marktpolitik der Anpassung an den Bedarf und an Bedarfsschwankungen und -wandlungen eine offensive Marktstrategie treten. So mag der Hersteller versuchen, die vorhandenen Bedarfsgrenzen zu sprengen und neuen Bedarf zu wecken, den er dann selbst befriedigt. Offensive Maßnahmen können auch innerhalb der gegebenen Bedarfsgrenzen gestartet werden, dadurch daß der Hersteller in den von der Konkurrenz gehaltenen Marktanteil einzugreifen und/oder deren weiteres Vordringen ebenso wie das Aufkommen neuer Wettbewerber zu verhindern sucht. Zur Erreichung dieses Zieles kann sich der Hersteller des zweigleisigen Vertriebs bedienen, indem er die über das zweite Gleis abgesetzte billigere Produktvariante als Kampfmarke einsetzt.

f₍₁₎ Kampfmarke und Sortiment des Händlers

Wie bereits oben erwähnt¹⁾, ist es einem Händler immer nur möglich, eine begrenzte Anzahl von "Objekten gleicher Zweckdienlichkeit"²⁾ in sein Sortiment aufzunehmen. Gelingt es dem zweiseitig vertreibenden Markenartikelhersteller, auch die billigere Produktvariante in das Händlersortiment hineinzudrücken, so erlangt er damit einen Absatzanteil, der sonst wahrscheinlich von der Konkurrenz eingenommen würde.

Nach Ansicht einer Mehrheit von Verbrauchern und Händlern besteht zwischen den Erzeugnissen der Unternehmen Reese GmbH/Hamel und Oetker/Bielefeld eine scharfe Konkurrenzbeziehung. In Wirklichkeit ist es jedoch so, daß sich das gesamte Stammkapital der Reese GmbH in den Händen der Firma Oetker befindet und der Anschein eines scharfen Konkurrenzkampfes aus "optischen Gründen" von der Firma Oetker gefördert wird. Die Erzeugnisse der Firma Reese dienen der

1) Vgl. oben, S. 42 f.

2) Vershofen, a.a.O., S. 67.

Firma Oetker weitgehend nur als Kampfmarke.¹⁾

f₍₂₎ Egalisierung von Markterfolgen der Konkurrenz

Der zweigleisige Vertrieb gibt dem Markenartikelhersteller ferner die Möglichkeit, mit dem über das zweite Gleis abgesetzten Teil der Produktion unmittelbar auf Preisänderungen der MA-Mitbewerber, auf Änderungen in der Produktgestaltung usw. zu reagieren, indem er Preis und Produktgestaltung der billigeren Ausführung der (erfolgreichen) Konkurrenzaktion angleicht. Ein etwaiger Markterfolg der Konkurrenz kann damit sofort egalisiert und der "status quo" der Marktanteile wieder hergestellt werden.²⁾

f₍₃₎ Handelsmarkenaufträge

In der Praxis hat ein Produzent bei der Abwägung der Vor- und Nachteile der Ausführung von Handelsmarkenaufträgen auch zu berücksichtigen, daß, wenn er ein diesbezügliches Angebot abschlägt, andere in- oder ausländische Hersteller als Lieferanten dafür an seine Stelle treten, was zu einer Schwächung des Umsatzpotentials seines Markenartikels führen wird. Anders ausgedrückt: ein Markenartikelhersteller kann von vorneherein versuchen, seinen Konkurrenten das Absatzfundament zu untergraben, indem er einen Teil seiner Produktion als Ware für Handelsmarken liefert.³⁾ Wenngleich die Handelsmarke auch in Wettbewerb mit dem Markenartikel des Lieferanten tritt, so trägt die Zweispurigkeit in der Erscheinungsform "Markenartikel - Handelsmarke" doch dazu bei, der Entfaltung konkurrierender Unternehmen wirksam zu begegnen. "Ziehen die großen Hersteller die Handelsmarkenaufträge an sich, so gewinnen sie unter Umständen neue Abnehmer auf Kosten der kleinen Hersteller industrieller Markenartikel."⁴⁾

1) Vgl. Der Spiegel vom 18.12.1957, S. 28.

2) Die Standardmarke wird zweckmäßigerweise zu solchen Aktionen nicht benutzt, da hier das Risiko des Verlustes der Verkehrsgeltung zu groß ist; vgl. hierzu auch Etmer, a.a.O., S. 206.

3) Unterstellt wird dabei in diesem Zusammenhang, daß Handelsmarke und Markenartikel der gleichen Produktion entstammen.

4) Schott, MA 1967, S. 583.

f₍₄₎ Ausschaltung vorhandener Mitbewerber

Gleichgültig, welche unternehmungs- oder absatzpolitische Konzeption der Zweispurigkeit zugrunde liegt, immer führt sie zu einer Beeinträchtigung der Mitbewerber, weil durch das Angebot der über das zweite Gleis abgesetzten billigeren Produktvariante der zweispurig vertreibende Hersteller seinen Absatz auf Kosten der Konkurrenten vergrößert.¹⁾

Der zweigleisige Vertrieb kann aber auch bewußt zur Eliminierung von Mitanbietern aus dem Markt in der Weise eingesetzt werden, daß die Preise der "Zweit-Gleis-Ware" nicht einmal mehr die Grenzkosten decken u n d erheblich unter den Preisen vergleichbarer Waren anderer Hersteller liegen.²⁾

Der Zweck einer derartigen Aktion besteht also darin, die Nachfrage der Konsumenten auf dieses extrem billige Produkt zu konzentrieren, die weniger leistungsfähigen Mitbewerber aus dem Markt zu verdrängen und danach die Verluste wieder auszugleichen.

Eine solche Politik stellt aber für den zweigleisig vertreibenden Unternehmer selbst ein großes Risiko dar, denn die Konkurrenten werden im allgemeinen ebenfalls preispolitisch reagieren und nur in wenigen Fällen wird von vorneherein feststehen, welcher Wettbewerber das größere Durchhaltevermögen hat.

f₍₅₎ Verhinderung des Auftretens neuer Mitbewerber

Jeder Wettbewerber muß Tag für Tag aufs neue um Geltung und Marktanteil ringen; jedes Erlahmen seiner unternehmerischen Initiative führt unweigerlich zur Verdrängung vom Markt.

Dem Unternehmer ist somit nicht nur daran gelegen, vorhandene Mitbewerber auszuschalten, sondern auch das Aufkommen neuer Konkurrenten zu verhindern. Auch zur Realisierung dieses Zieles erweist sich die Preisspaltung als wirksames Instrument.

1) Zur Frage der Erschließung neuer Märkte vgl. S. 39 ff.

2) Zur rechtlichen Problematik vgl. unten, S. 79 ff.

Mit Hilfe des zwei- oder mehrgleisigen Vertriebs kann ein Unternehmer seine Produktion in unterschiedlicher Aufmachung und zu verschiedenen Preisen auf den Markt bringen und damit auch die Verbraucher gewinnen, die bisher "abseits" standen bzw. mangels anderer Alternativen den teureren Markenartikel kaufen mußten. Das Streben des Unternehmers geht in diesem Fall dahin, den Markt für Waren dieser Art mit seinen Produkten voll abzudecken, so daß keine Marktlücke mehr besteht, in die andere Unternehmer hineinstoßen könnten.¹⁾²⁾

g) Der zweigleisige Vertrieb als Mittel zur Erforschung der Verbrauchermeinung

Was der Versuchsbetrieb für die Fertigung, das ist für die Absatzwirtschaft der Testmarkt. Man versteht darunter die experimentelle Durchführung von Absatzmaßnahmen in einem für den Gesamtmarkt möglichst repräsentativen Teilmarkt. Die Ergebnisse des Teilmarktes lassen sich mit Hilfe einer Hochrechnung auf den Gesamtmarkt übertragen. Zweck eines Testmarktes ist es, festzustellen, welche Auswirkungen sich aus der vollen Verwirklichung der vorgesehenen Absatzpläne ergeben, wobei - und dies ist der große Vorteil des Testmarktes - der Aufwand an Zeit, Mühe und Risiko relativ gering ist.³⁾

Produkte, die bezüglich ihrer technischen Qualität gut sind, aber in ihrem Äußeren und in ihrer Werbung nicht bzw. nicht mehr dem Geschmack der Verbraucher entsprechen, haben keinen Absatzerfolg. Für den Hersteller muß deshalb die ständige Frage lauten: was wünscht der Verbraucher?

Der Fabrikant kann einen Teil seiner Produktion unter einer oder mehreren Zwillingsmarken in unterschiedlicher Aufmachung in einzelnen Testmärkten erproben. Durch Hochrechnung

1) Vgl. Bormann, MA 1960, S. 393; Schott, MA 1967, S. 583.

2) Diese Erwägungen dürften zugrunde gelegen haben, als man sich entschloß, die Crailsheimer Konfitüren unter 60 verschiedenen Etiketten und zu unterschiedlichen Preisen zu verkaufen.

3) Vgl. Crisp, Absatzforschung, Essen 1959, S. 643 ff.

der Ergebnisse vermag er dann festzustellen, welche dieser Produktänderung notwendig ist und welcher Art sie sein müßte. Auf diese Weise kann die Produktgestaltung dem gewandelten Geschmack der Verbraucher angepaßt werden; dies gilt analog für die anderen absatzpolitischen Instrumente.

Ein derartiges Experimentieren mit Hilfe der Standardmarke ist abzulehnen, da in der unterschiedlichen Verpackung und Aufmachung "etwas anderes", d. h. verschiedene Qualitäten, vermutet würden und damit die Verkehrsgeltung der Standardmarke verloren ginge.

Die Wirkungen eines in diesem Sinn durchgeführten zweigleisigen Vertriebs sind oft außergewöhnlich groß. Er wird zu einem wirksamen Mittel zur Verminderung des Absatzrisikos und zur Erhaltung des echten Markenartikels.¹⁾

2. Nachteile

a) Absatzrückgang bei der Standardmarke

Nachteilig wirkt sich der zweigleisige Vertrieb vor allem dadurch aus, daß er - zumindest auf längere Sicht - einen Absatzrückgang bei der Standardmarke herbeiführt. Zu Recht wird darauf hingewiesen²⁾, daß jeder Hersteller, der seinen Markenartikel unmarkiert abgibt, sich selbst Konkurrenz schafft. Auf die Dauer hat sich eine exakte Trennung der durch die unterschiedliche Markierung geschaffenen Teilmärkte bisher immer als undurchführbar erwiesen. Im einzelnen kann der rückläufige Umsatz bei der Standardmarke durch folgende Tatbestände bedingt sein:

a₍₁₎ Substitutionseffekt

Ob der zweigleisige Vertrieb eine absatzpolitisch sinnvolle Maßnahme ist, hängt zunächst davon ab, ob und in welcher Intensität der Verkauf der "Zweit-Gleis-Ware" den Absatz der Standardmarke beeinträchtigt, d. h. ob und in welcher

1) Vgl. Etmer, a.a.O., S. 206.

2) Vgl. Sturm, MA 1966, S. 805.

Stärke ein Substitutionseffekt eintritt. Absatzpolitisch ist die Preisspaltung solange vertretbar, als der zusätzliche Gewinn aus dem Verkauf der über das zweite Gleis vertriebenen billigeren Produktvariante größer ist als die infolge des Substitutionseffekts sich einstellende Gewinnminderung bei der Standardmarke.

Die Käufer der billigeren "Zweit-Gleis-Ware" kommen aus verschiedenen Verbrauchergruppen.

Zur ersten Gruppe zählen die Käufer, die bisher Waren dieser Art vor allem deswegen überhaupt nicht kauften, weil kein der billigeren Ausführung ähnliches Produkt im Markt erhältlich ist und sie wegen des ihnen zu hohen Preises vom Kauf des teureren Markenartikels absehen.¹⁾

Die zweite Gruppe hatte ihren Bedarf bislang mit Waren anderer Unternehmen gedeckt und wendet sich nun dem zweigleisig vertreibenden Hersteller zu.²⁾

Die dritte Gruppe schließlich setzt sich aus Verbrauchern zusammen, die bisher den teureren Markenartikel des zweispurig fahrenden Herstellers kauften, nun aber zur billigeren Produktvariante überwechseln. Gutenberg³⁾ weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß hier ein Substitutionseffekt vorliegt, da der teurere Markenartikel mehr oder weniger stark durch die billigere Ausführung ersetzt wird. Bei gegebener Umsatzausweitung durch die über das zweite Gleis abgesetzte Ausführung ist die effektive Gesamtumsatzausweitung des zweispurig vertreibenden Unternehmers umso geringer, und die Preisspaltung absatzpolitisch gesehen umso weniger erfolgreich, je größer der Substitutionseffekt ist. Die Zweigleisigkeit führt dann lediglich zu einer Veränderung der Struktur des Absatzes dadurch, daß die Nachfrage zum Teil vom teureren Markenartikel auf die billigere Produktvariante abgeleitet wird.

Ein Substitutionseffekt läßt sich besonders dann beobachten, wenn der Markenartikelhersteller eine gewisse Monopol-

1) Vgl. oben, S. 39 ff. (Erschließung neuer Käuferschichten).

2) Vgl. oben, S. 41 f. ("Partizipationseffekt").

3) Vgl. Gutenberg, a.a.O., S. 402.

stellung hat und bislang keine der billigeren Ausführung ähnliche Ware im Markt erhältlich war. Der Produzent schafft sich in dieser Situation durch den zweigleisigen Vertrieb für seinen eigenen Markenartikel selbst Konkurrenz,¹⁾ da ein Teil der Abnehmer die bislang "notgedrungen" den Markenartikel kaufen mußten, nun zur billigeren Ware abwandert.

Weiter potenziert wird dieser Substitutionseffekt, wenn der Absatz der Herstellermarke mit Service-Leistungen verbunden ist, die von einem Teil der Abnehmer überhaupt nicht verlangt werden. Eine Preissenkung würde in vielen Fällen den Wünschen der Verbraucherschaft weit eher entsprechen. Bei dieser Sachlage wird eine über das zweite Gleis vertriebene Produktvariante in einer weniger repräsentativen Aufmachung und mit geringeren Service-Leistungen, aber zu einem niedrigeren Preis einen besonders starken Substitutionseffekt bewirken.

a₍₂₎ Übermäßige Preisdifferenz zwischen Markenartikel und "Zweit-Gleis-Ware"

Sind ähnliche Waren wie die über das zweite Gleis vertriebene anonyme Ausführung bereits im Markt, so wird sich im allgemeinen ein Partizipationseffekt einstellen; zu beachten ist jedoch, daß durch den nunmehr verstärkten Wettbewerb auf dem anonymen Markt der Preis dieser Produkte sinkt, so daß die schon bestehende Preisdifferenz zwischen Markenartikel und anonymer Ware weiter vergrößert wird. Dies wiederum bewirkt, daß noch mehr Verbraucher durch den Preisunterschied bewogen werden, zum billigen anonymen Artikel abzuwandern.

Obwohl die Massenkaufkraft beständig im Steigen begriffen ist und durch das Anwachsen des Konsumentencredits die Schranken des begrenzten Einkommens überwunden werden können, ist dennoch der Preis vielfach der entscheidende Faktor beim Kauf eines Gutes. "Die Verbraucher werden Qualitäts- und Goodwillunterschiede nicht unbegrenzt honorie-

1) Vgl. Lutz, MA 1967, S. 578; persönliche Auskunft des DIHT: "Konkurrieren mit eigenen Marken ist nicht immer vermeidbar."

ren, ..." ¹⁾ Je größer die Preisdifferenz zwischen den Produktvarianten des zweispurig vertreibenden Herstellers wird, desto mehr Verbraucher werden sich der billigeren Ausführung zuwenden.

a₍₃₎ Verminderung des Kaufrisikos beim Nicht-Markenartikel

Wenn der Verbraucher für den Markenartikel einen höheren Preis zu zahlen bereit ist, handelt er nicht unökonomisch, sondern wirtschaftlich rational. Denn nicht zuletzt deshalb stuft er den Markenartikel höher ein, weil er ihm den Zusatznutzen der Risikominderung bietet. ²⁾

Wenn auch die Zweigleisigkeit zu den Bereichen gehört, über die die breite Öffentlichkeit wenig unterrichtet ist, so sorgen doch vor allem Warentestinstitute, Verbraucherverbände und ähnliche Institutionen dafür, daß, auf die Dauer gesehen, die Allgemeinheit "Wind von der Sache" erlangt. Dies hat wiederum zur Folge, daß eine Reihe von Verbrauchern - davon ausgehend, daß ein Teil der angebotenen Nicht-Markenartikel aus der gleichen Produktion wie der Markenartikel stammt - das Risiko eines Schlechtkaufs geringer einschätzt und vom Markenartikel zur billigeren anders markierten oder anonymen Ware überwechselt. Empfehlungen des Handels spielen hier eine besonders wichtige Rolle. ³⁾

1) Mellerowicz, MA 1963, S. 628; vgl. ferner Mendels, die absatzwirtschaft 1963, S. 352.

2) Vgl. oben, S. 7.

3) Zu beachten ist, daß durch die generelle Kenntnis von der Zweigleisigkeit das Kaufrisiko zwar vermindert, aber nicht ausgeschaltet wird, denn der Verbraucher weiß ja nicht, welche der vielen angebotenen anonymen Waren oder Handelsmarken aus der gleichen Produktion wie der Markenartikel stammt. Persönliche Auskunft eines MA-Unternehmens (Sportartikelbranche): "Ein Nachteil wird darin erblickt, daß der Händler, der die anonyme Ware weitergibt, in jedem Fall versuchen wird, die Anonymität dadurch aufzuwerten, daß er beim Verkauf den Kunden auf die Herkunft und auf den Markenbegriff hinweisen wird. Dies dürfte in der Regel Anlaß zu Schwierigkeiten in der Trennung des Marktes für den Markenartikel und den anonymen Artikel geben."

a(4) Reduzierung der Abnahmemengen der traditionellen Händlerabnehmer

Nachteilig kann sich der zweigleisige Vertrieb auch insofern auswirken, als die traditionellen Händlerabnehmer (Fachhandel) aus Verärgerung über die Absatzpolitik des Herstellers evtl. ihre Abnahmemengen reduzieren.¹⁾

Die größte Gefahr, die einem Markenhersteller, der sowohl im Fachhandel wie auch im Nicht-Fachhandel operiert, droht, besteht darin, daß er die eine Gruppe des Handels (Lebensmittelhandel etc.), die wesentliche Umsätze mit Billigmarken erzielt, zwar damit möglicherweise gewinnt, auf der anderen Seite aber den Fachhandel, der bislang nur zögernd Billig- bzw. Handelsmarken aufnimmt, vor den Kopf stößt und sein eigentliches Markenartikelprogramm auf diesem Handelssektor gefährdet. Hierbei spielen naturgemäß auch rein emotionelle Haltungen der verschiedenen Zweige des Handels eine starke Rolle und gerade von dieser Seite her drohen dem Markenartikelhersteller mit die größten Gefahren.

a(4/1) Verschlechterung des Wettbewerbsklimas

Im allgemeinen wird die Zweispurigkeit in der Weise durchgeführt, daß die unterschiedlich markierten Waren über getrennte Absatzkanäle vertrieben werden.

Durch die billigere Produktvariante setzt der zweigleisig vertreibende Hersteller seine traditionellen Händlerabnehmer somit einem Wettbewerbsdruck aus²⁾ und verschlechtert damit das Wettbewerbsklima. Besonders stark wird dies dann empfunden, wenn es sich bei der über das Fachgeschäft abgesetzten Ware um einen preisgebundenen Markenartikel handelt, weil sich in diesem Fall der gebundene Wiederver-

1) Ein MA-Unternehmen (Elektrogeräte) wies dem Verfasser gegenüber darauf hin, "daß es insbesondere beim Fachhandel nicht begrüßt werden kann, wenn die gleiche oder ähnliche Ware einerseits unter einer langjährig gepflegten, bekannten Marke, andererseits unter einer Zweitmarke auf den Markt gebracht wird".

2) Dies gilt vor allem dann, wenn die "Zweit-Gleis-Ware" unverhältnismäßig billiger ist; vgl. unten, S. 115 ff.

käufer nicht zur Wehr setzen kann, da durch Vereinbarung mit dem Hersteller seine stärkste Waffe im Konkurrenzkampf, die Preispolitik, ausgeschaltet wurde. Der gebundene Händler verliert Umsatz, "ohne sich der Konkurrenz erwehren zu können".¹⁾

Diese Absatzpolitik führt somit zu einer Verärgerung der nur mit dem Markenartikel belieferten traditionellen Händlerabnehmer. Diese werden sich in Zukunft weniger um den Absatz dieses Markenartikels bemühen; in besonders schwerwiegenden Fällen werden sie ihn evtl. überhaupt aus ihrem Sortiment nehmen.²⁾³⁾

a(4/2) Sortenschwemme

Der zweispurige Vertrieb kann aber auch noch aus einem anderen Grund zu einer Verärgerung der traditionellen Händlerabnehmer und damit wiederum zu einer Verminderung der Verkaufsbemühungen um den Markenartikel sowie zu einer Reduzierung der Abnahmemengen führen.

Setzt der zweispurige vertreibende Unternehmer seine Produktvarianten nicht über getrennte Absatzwege ab, so daß im gleichen Fachgeschäft sowohl der Markenartikel als auch die billigere Zweitmarke erhältlich ist, so kann dies den Wünschen des Fachhändlers nach einer Bereinigung und Straffung seines Sortiments zuwiderlaufen. Die angestrebte erhöhte Umschlagsgeschwindigkeit mit den damit verbundenen Kosteneinsparungen wird auf diese Weise evtl. verhindert.⁴⁾

a(5) Enttäuschung bei der Verbraucherschaft

So verführerisch und vorteilhaft eine zweigleisige Vertriebspolitik mitunter auch unter Kostengesichtspunkten

1) Mestmäcker, WuW 1957, S. 96.

2) Persönliche Auskunft des DIHT; vgl. ferner DM vom 21.5.1962, S. 62: "Sie wissen, daß ich meine Kühlschränke nicht nur beim Händler, sondern auch übers Versandhaus unter Versandhausnamen verkaufe. Um Gottes Willen, schreiben Sie das nicht in die Zeitung. Ich weiß, der Handel würde mich boykottieren."

3) In vielen Fällen wird das allerdings nicht möglich sein, da das Fachgeschäft aus verbraucherpolitischen Gründen den MA führen muß.

4) Persönliche Auskunft der Hauptgemeinschaft des Deutscher Einzelhandels.

(Auslastung der Kapazitäten, Grenzkostenüberlegungen) erscheinen mag, auf der Marktseite ergeben sich hierbei schwerwiegende Probleme. In gewisser Weise macht sich ein Hersteller beim Handel und bei der Verbraucherschaft selbst unglaublich, wenn er seine Markenerzeugnisse in anderer Aufmachung unter Beibehaltung der Qualität zu einem wesentlich günstigeren Preis als Billig- oder Handelsmarke anbietet.

Zum Teil geht die Verbraucherschaft davon aus¹⁾, daß ein Markenartikel überall zu demselben, durch Werbung, Aufdruck auf der Packung usw. bekanntgegebenen Preis erhältlich sei und nicht auch gleichzeitig in gleicher Qualität zu einem niedrigeren Preis unter anderer Aufmachung verkauft werde.

Erlangen diese Verbraucher Kenntnis von der zweigleisigen Vertriebspolitik des Markenartikelherstellers, so sehen sie sich getäuscht und wenden sich verärgert einem anderen Produkt zu, wobei die langfristigen Wirkungen des Mouth-to-Mouth-Advertising noch verstärkend hinzukommen.²⁾

b) Revision des Markenartikelpreises

Die mit dem zweigleisigen Vertrieb vor allem auf längere Sicht verbundene Abwanderung von Verbrauchern vom teureren Markenartikel zur billigeren Produktvariante zwingt letztlich die Hersteller dieser Branche zu einer Revision der festgesetzten Markenartikelpreise, die, vom Standpunkt des betreffenden Wirtschaftszweiges aus gesehen, der gewinnmaximalen Höhe nahekomen bzw. diese realisieren.³⁾

c) Gefahr der wirtschaftlichen Abhängigkeit

Für manche kleinen und mittleren Markenartikelhersteller

1) Vgl. dazu ausführlich unten, S. 89 f.

2) Vgl. Fiuczynski, a.a.O., S. 171; Mellerowicz, Markenartikel, S. 60; vgl. ferner die persönliche Auskunft eines MA-Unternehmens (Nahrungsmittelbranche): "Eine solche Firma würde den Verbraucher enttäuschen und letztlich nur erreichen, daß der Umsatz des Markenartikels immer geringer wird."

3) Vgl. Fiuczynski, a.a.O., S. 171.

- so vor allem in der Margarine-Industrie - ist die Handelsmarke heute die einzige Überlebens-Chance. Ohne den zweigleisigen Vertrieb als Absatzventil wären sie längst aus dem Markt verdrängt. Nicht übersehen werden darf dabei jedoch, daß diese enge Zusammenarbeit zu einer Schwächung der Position des Herstellers gegenüber den betreffenden Handelsbetrieben führt.

Je mächtiger die Einkaufsgruppe auf der Abnehmerseite ist, desto stärker wird der Preisdruck sein, den sie auf den Handelsmarkenlieferanten ausübt. "Der Handelsmarkeninhaber kann mit seinen größeren Bestellungen auf seinen Lieferanten einen Preisdruck ausüben, der sich in Einkaufsvorteile ummünzen läßt. Seine starke Verhandlungsposition als Großabnehmer pflegt sich in günstigen Lieferbedingungen niederzuschlagen."¹⁾

Wegen der verhängnisvollen Folgen, die ein plötzliches willkürliches Abbrechen der Geschäftsbeziehungen seitens des Großabnehmers nach sich ziehen würde, sieht sich der Hersteller gezwungen, jenem immer weitergehende Zugeständnisse zu machen und verliert dadurch u. U. seine wirtschaftliche Selbständigkeit und unternehmerische Entscheidungsfreiheit.²⁾

Was und wie produziert wird, bestimmt der abnehmende Handelsbetrieb; der Hersteller wird so in seiner eigenen Unternehmung zum Betriebsleiter degradiert.

d) Beschränkung des Produzenten auf die Herstellfunktion

Ein weiterer Nachteil des zweigleisigen Vertriebs ist darin zu sehen, daß der Hersteller durch die Abgabe eines Großteils seiner Produktion für Handelsmarken ausschließlich auf seine Herstellfunktion beschränkt wird. Da andere Firmen den Vertrieb durchführen, verliert der Produzent den Kontakt zum Markt und zu Absatzmittlern; seine eigene

1) Schott, MA 1967, S. 580; vgl. ferner Angehrn, Handelsmarken und Markenartikelindustrie, S. 60.

2) Persönliche Auskunft eines MA-Unternehmens (Schuhfabrikant).

äußere Absatzorganisation verkümmert. Wenn nun zu einem späteren Zeitpunkt die gesamte Produktion wieder unter der Herstellermarke abgesetzt werden könnte, müssen erst wieder mühevoll neue Verbindungen zum Markt und zu Absatzmittlern angeknüpft werden.¹⁾

Außerdem ist zu beachten, daß der Hersteller bezüglich des über das zweite Gleis abgesetzten Teils der Produktion immer mehr in die Anonymität abgedrängt wird und auf die Verkaufswerbung praktisch keinen Einfluß mehr hat. Der Verbraucher kann nicht mehr zum Stammkunden herangezogen werden, da er in seiner Kaufentscheidung vom Produzenten unabhängig geworden ist.²⁾

e) Verschlechterung der Ertragslage der Unternehmung

Wenngleich mit Hilfe der Zweigleisigkeit eine Umsatzausweitung und eine Gewinnmaximierung erreicht werden kann, so sind andererseits in der Praxis auch Situationen anzutreffen, in denen der zweigleisige Vertrieb zu einer Verschlechterung der Ertragslage der Unternehmung führt.³⁾

Setzt ein Markenartikelhersteller einen Teil seiner Produktion unter Handelsmarken ab, so ist oft eine Steuerung der Absatzmengen dieser Handelsmarken durch den zweigleisig vertreibenden Produzenten nur mehr schwer möglich. Das kann sich besonders dann nachteilig auswirken, wenn aus Gründen der Kapazitätsauslastung eine bestimmte Produktionsmenge zu Grenzkosten kalkuliert und als Handelsmarke auf den Markt gebracht wird. Wenn diese Marke nun bei den Konsumenten sehr gut ankommt, kann es sein, daß der Hersteller auf Grund von Lieferverträgen gezwungen ist, einen größeren Teil seiner Produktion zu Grenzkosten abzugeben, als er ursprünglich geplant hat und zur Kapazitätsauslastung benötigt. Dadurch ergibt sich eine erhebliche Verschlech-

1) Persönliche Auskunft eines MA-Unternehmens (Getränkehersteller).

2) Persönliche Auskunft eines MA-Unternehmens (Fahrzeugindustrie).

3) Eine Verschlechterung der Ertragslage kann naturgemäß auch durch einen in entsprechendem Umfang auftretenden Substitutionseffekt herbeigeführt werden.

terung der Ertragslage der Unternehmung.¹⁾

f) Rechtliche Schwierigkeiten

Der Unternehmer, der sich mit dem Gedanken einer Preisspaltung trägt, hat auch die rechtliche Problematik in Rechnung zu stellen, die oft mit dieser Absatzmethode verbunden ist. So begründete eine Reihe der vom Verfasser befragten Markenartikelproduzenten ihren Verzicht auf den zweigleisigen Vertrieb mit dem Hinweis, daß dieser rechtlich nicht unbedenklich sei.

Manche sehen in der Zweispurigkeit eine verbotene Schädigung der Mitbewerber und/oder der Wiederverkäufer der (preisgebundenen) Standardmarke; andere Firmen vertreten die Auffassung, das Verbraucherinteresse stehe einer derartigen Vertriebsmethode entgegen. Schließlich wird darauf hingewiesen, daß die Preisspaltung ein Anzeichen für eine gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigte Preisbindung sei.²⁾

3. Ergebnis

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Der zweigleisige Vertrieb ermöglicht es dem Hersteller, gleichzeitig mehrere Absatzwege zu benutzen, weil zu den nur mit dem (preisgebundenen) Markenartikel belieferten Fachgeschäften neue Händlerabnehmer hinzugewonnen werden können. Die Umsatzausweitung, die mit Hilfe der Preisspaltung durch die Erschließung neuer Käuferschichten, den Partizipationseffekt sowie durch das verbesserte Verhältnis zum Handel herbeigeführt werden kann, ist für den Markenartikelproduzenten nicht nur unter dem Ertrags- sondern auch unter dem Kostenaspekt von Vorteil (Ausnutzung von Größendegressionen, verbesserte Stellung gegenüber den eigenen Lieferanten). Der ständig steigenden Last der Vertriebskosten kann sich ein Markenartikelproduzent wenigstens teilweise dadurch entziehen, daß er seine Produktion zwei- oder mehrgleisig ver-

1) Persönliche Auskunft eines MA-Unternehmens (Getränkem Hersteller).

2) Vgl. dazu unten, Teil D, S. 79 ff.

treibt, d. h. Hersteller- und Handelsmarken parallel einsetzt. Ebenso wirksam wie zur Behebung von Absatzschwierigkeiten kann die Zweispurigkeit auch offensiv zur Bekämpfung der Konkurrenz eingesetzt werden. Schließlich wurde festgestellt, daß mittels der über das zweite Gleis in einem Testmarkt abgesetzten Produktvariante die Verbrauchermeinung erforscht und damit das Absatzrisiko beim Markenartikel vermindert werden kann.

Nachteilig wirkt sich der zweigleisige Vertrieb zunächst insofern aus, als - zumindest auf längere Sicht gesehen - eine reinliche Trennung der durch unterschiedliche Markierung geschaffenen Teilmärkte nicht möglich ist und sich deshalb bei der Standardmarke ein Absatzrückgang einstellt, der die Hersteller wiederum zu einer Revision der Markenartikelpreise zwingt. Darüber hinaus geraten u. U. vor allem die kleineren MA-Produzenten durch die Lieferung von Handelsmarken in eine verstärkte Abhängigkeit vom Handel, verlieren, da sie immer mehr auf ihre Herstellfunktion beschränkt werden, den Kontakt zum Markt und zu Absatzmittlern und werden in die Anonymität abgedrängt. Schließlich wurde darauf hingewiesen, daß diese Absatzmethode rechtlich nicht unbedenklich ist.

Eine Entscheidung für oder gegen den zweigleisigen Vertrieb ist nur nach sorgfältiger Prüfung der Verhältnisse des Einzelfalls zu treffen. Ein allgemeingültiges Rezept kann es in dieser Frage nicht geben.

Der Ansicht von Lutz¹⁾, daß deutsche Markenartikelhersteller nicht so unklug seien, ihre Originalerzeugnisse an Warenhäuser in neutraler Aufmachung zu einem ermäßigten Preis abzugeben, kann man jedoch nicht beistimmen, denn einmal sieht die Wirklichkeit anders aus und zum anderen spricht eine Reihe guter betriebs- und absatzwirtschaftlicher Gründe für diese Vertriebsmethode. Es läßt sich somit abschließend feststellen, daß eine derartige Politik durchaus im Interesse des Herstellers liegen kann und ihm bei der Realisierung seiner Ziele wertvolle Dienste zu leisten vermag.

1) Lutz, MA 1954, S. 555.

II. Gesamtwirtschaftliche Aspekte des zweigleisigen Vertriebs

1. Vorteile

a) Auflockerung erstarrter Preissysteme

Vollkommenes Monopol und vollkommene Konkurrenz sind die beiden theoretischen Extremfälle, zwischen denen eine Vielzahl von Marktsituationen besteht, die unter der Bezeichnung unvollkommene Konkurrenz zusammengefaßt werden.

Die Erfahrung lehrt, daß im allgemeinen jeder Betrieb bestrebt ist, seine Ware in der Vorstellung der Verbraucher zum "Gut eigener Art" (Markenartikel) zu machen, d. h. für sein Produkt einen Sondermarkt zu schaffen.

Bei zunehmend starker Bindung des Käufers an einen bestimmten Markenartikel nähert sich die Absatzsituation des Anbieters mehr und mehr der des Monopolisten. Der Preispolitik sind hier als Mittel der Absatzpolitik enge Grenzen gesetzt. Während die Konkurrenz u. U. auf preispolitische Maßnahmen des Markenartikelherstellers überhaupt nicht reagiert (polypolistisches Marktverhalten), lassen sich die Reaktionen der Verbraucher nicht exakt vorausbestimmen, da keine individuelle konjunkturale Preis-Absatz-Beziehung besteht. Der Betrieb kann nur mit Erwartungen arbeiten, die mit erheblicher Unsicherheit belastet sind. Der Unternehmer ist deshalb bestrebt, die Preispolitik durch andere absatzpolitische Maßnahmen zu ersetzen, so vor allem durch Werbung, Qualitäts- und Servicewettbewerb.¹⁾

Besteht zwischen Verbraucher und Markenartikel nur eine lockere Bindung, so werden damit auch die Substitutionsmöglichkeiten durch andere Marken größer, so daß der Betrieb bei preispolitischen Maßnahmen neben den Reaktionen der Verbraucher auch die der Konkurrenten in Rechnung zu stellen hat (oligopolistisches Marktverhalten). Bei einer

1) Vgl. DM vom 17.3.1966, S. 15: "Auf dem deutschen Waschmittelmarkt kämpfen 65 Unternehmen um die Gunst und das Geld der Hausfrau. Aber sie versuchen es weniger mit Qualitätsverbesserungen oder Preissenkungen, das Vertrauen der Verbraucher zu erringen. Sie kämpfen vielmehr mit Worten und Bildern"

Preissenkung werden die Wettbewerber sofort mitziehen, so daß keine nennenswerte Absatzsteigerung erzielt werden kann; erhöht der Betrieb die Preise seiner Produkte, verliert er an Absatz, da die Konkurrenz in diesem Fall ihre Preise nicht verändert. Um erst einen offenen Preiskrieg gar nicht ausbrechen zu lassen, wird auch hier der Preiswettbewerb zugunsten des Nichtpreiswettbewerbs zurückgestellt, was wiederum zu einer Erstarrung des Preisgefüges führt, die noch durch die vertikale Preisbindung und -empfehlung verstärkt wird.¹⁾

Die durch das Ausschalten des Preiswettbewerbs erfolgende Erstarrung des Preisgefüges ist aus gesamtwirtschaftlicher Sicht heraus negativ zu beurteilen, da in dieser Situation der Preis seine Funktionen als Steuerungsfaktor der Volkswirtschaft nicht oder nicht mehr wirksam erfüllen kann. "Wenn schon der Preismechanismus in der wirklichen Wirtschaft nicht so funktioniert wie im Modell der vollkommenen Konkurrenz, so sollte die Folgerung trotzdem nicht heißen, er dürfe ohne Bedenken gänzlich außer Kraft gesetzt werden. Es sollte vielmehr alles getan werden, seine Funktionsfähigkeit zu erhalten und nach Möglichkeit zu erhöhen."²⁾ Eine Qualitätskonkurrenz kann den Preiswettbewerb immer nur ergänzen, nie aber ersetzen, da die Nachteile des reinen Nichtpreiswettbewerbs für den Verbraucher nicht zu übersehen sind. Zu Recht weist Risse darauf hin, daß der Nutzen dieses Wettbewerbs vielfach nur sehr gering ist und in keinem Verhältnis zu den Aufwendungen des Anbieters steht, "so zum Beispiel, wenn dadurch Kundendienstleistungen hochgezüchtet oder Qualitäten produziert werden, die zwar die Kunden willig hinnehmen, die sie aber von sich selbst aus gar nicht nachfragen; eine echte Preissenkung würden sie vorziehen."³⁾

Bei dieser Sachlage ist es nun unter gesamtwirtschaftlichem Aspekt besonders zu begrüßen, daß der zweigleisige Vertrieb zu einer Senkung des Preisniveaus des Markenartikels führt, d. h. daß die Hersteller sich auf längere Sicht gezwungen

1) Vgl. Wöhe, a.a.O., S. 309 ff.

2) Barnickel, WuW 1958, S. 605.

3) Risse, Der Volkswirt 1958, Nr. 51/52, S. 67.

sehen, die festgesetzten Markenartikelpreise zu revidieren.¹⁾ So gesehen ist die Preisspaltung eine Absatzmethode, der ein dynamisches Element innewohnt, eingefrorene Preissysteme aufzutauen. Im Rahmen eines sich daraus entwickelnden Preiswettbewerbs kann der Preis dann auch seine Funktionen als Steuerungsmittel der Volkswirtschaft wieder wirksam ausüben.²⁾

b) Stärkere Differenzierung des Angebots

Der zweigleisige Vertrieb differenziert das Angebot einer bestimmten Warenart vor allem in preislicher Hinsicht zugunsten des Verbrauchers stärker, so daß diesem die Möglichkeit gegeben ist, Bedürfnisse, die er bisher wegen seines begrenzten Einkommens nicht befriedigen konnte, mit Hilfe der billigeren über das zweite Gleis vertriebenen Ware zu befriedigen.³⁾

Darüber hinaus erhält der Konsument die Chance, Erzeugnisse mit Markenartikelqualität zu niedrigeren Preisen zu erhalten, weil die Standardmarke und die über das zweite Gleis abgesetzte Ware aus der gleichen Produktion stammen.

c) Schutz mittelständischer Markenartikelhersteller

Die Konzentration in der Wirtschaft vollzieht sich in verschiedenen Formen, so u. a. auch in der Weise, daß die Großbetriebe eines Wirtschaftszweiges ihre Marktanteile beständig auf Kosten der Klein- und Mittelbetriebe ausweiten. Unter Umständen werden diese schließlich aus dem Markt verdrängt, und der Absatz einer bestimmten Produktart konzentriert sich auf einige wenige Großbetriebe.

Wenn auch die Hersteller der kleinen und mittleren Kategorie im allgemeinen nicht so kostengünstig arbeiten können wie

1) Vgl. hierzu auch Markert, Außenwirtschaftsdienst des BB, Heft 9, 1966, S. 176: "Außerdem habe der Vertrieb der billigeren Handelsmarke aus der Produktion Bordens einen bedeutenden Wettbewerb gegen die Standardmarke zum Entstehen gebracht. Die Oligopolmacht Bordens sei dadurch geschwächt worden."

2) Vgl. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 20.

3) Persönliche Auskunft des DIHT.

etwa der Großbetrieb, so erfüllen sie doch bestimmte - hier nicht näher darzulegende - gesamtwirtschaftlich bedeutsame Funktionen, die ihrerseits einen Mittelstandsschutz rechtfertigen. Die moderne Wirtschaft, die auf bestimmten Gebieten zweifelsohne den Großbetrieb begünstigt, kann andererseits den Mittelstand nicht entbehren.

Eine Überlebens-Chance für kleinere und mittlere MA-Fabrikanten ist vielfach der zweispurige Vertrieb in der Erscheinungsform, daß der Hersteller große Teile seiner Produktion potenten Abnehmern als Handelsmarken-Ware zur Verfügung stellt, was ihm einen gesicherten Produktions- und Absatzfluß bei niedrigen Vertriebskosten verschafft. "Für manchen Klein- und Mittelbetrieb ist es ... kaum mehr möglich, neben den starken Marken konkurrierender Großbetriebe überhaupt noch (neue) Markenartikel zu vertreiben. Solche Betriebe leben dann überwiegend oder ausschließlich von Handelsmarken. Gäbe es für sie dieses Absatzventil nicht, hätten sie ihre Pforten vermutlich schon schließen müssen."¹⁾ Dies gilt vor allem dann, wenn sie weder über ein eigenes Vertriebsnetz verfügen, noch eine intensive Verbraucherwerbung durchzuführen vermögen, noch sich auf die Spezialanfertigung kleinerer Serien für bestimmte Märkte verlegt haben und daher auf den Absatz über große Handelsfirmen und -organisationen angewiesen sind.

d) Steigerung der volkswirtschaftlichen Gesamtnachfrage

Daß mit Hilfe der über das zweite Gleis vertriebenen billigeren Ausführung Verbraucherschichten erschlossen werden können, die als Abnehmer der teureren Standardmarke nicht in Frage kommen, und damit eine absolute Umsatzausweitung erzielt wird, wurde bereits dargelegt. Gesamtwirtschaftlich bedeutet dies eine Steigerung der Konsumgüternachfrage und damit - ceteris paribus - auch eine Steigerung der effektiven volkswirtschaftlichen Gesamtnachfrage, die ihrerseits Volkseinkommen und Beschäftigung determiniert. Dabei ist zu

1) Hattemer, die absatzwirtschaft 1963, S. 254; vgl. ferner Wickern, Die Bedeutung der Handelsmarke für die Lebensmittel-Filialbetriebe, S. 8.

beachten, daß diese nicht nur um den Betrag der zusätzlichen Konsumgüternachfrage steigen. Im allgemeinen werden sich auch positive Effekte auf die privaten Investitionen ("induzierte Investitionen") ergeben, wenn sich die Nachfrage nach Fertigprodukten erhöht. Bei einer bestimmten "relation" zwischen "output" und der zur Produktion notwendigen Realkapitalausstattung wird eine Vermehrung der Nachfrage nach Konsumgütern zusätzliche Investitionen erforderlich machen (Akzeleratorprinzip).¹⁾

Die durch den zweigleisigen Vertrieb hervorgerufene Steigerung der Gesamtnachfrage führt im Zustand der Unterbeschäftigung zu einer besseren Auslastung der Herstellerbetriebe, zu einer Wiederaufsaugung bisher brachliegender Produktionsfaktoren, zu einer Senkung der Herstellungskosten und zu einer Steigerung der Massenkaufkraft.²⁾

Wenn auch die Forderung, den zweigleisigen Vertrieb als Mittel der Konjunktur- und Beschäftigungspolitik einzusetzen, angesichts der Tatsache, daß einerseits die Hauptfunktionen der Zweispurigkeit auf dem Gebiet der individuellen Absatzpolitik des Markenartikelherstellers liegen und daß andererseits weitaus wirksamere Instrumente geld- und finanzpolitischer Art zur Konjunktur bekämpfung zur Verfügung stehen, als reichlich übertrieben anmuten müßte, so ist dennoch nicht zu verkennen, daß ein in entsprechendem Umfang praktizierter zweigleisiger Vertrieb eine wirksame Steigerung der Konsumgüternachfrage auszulösen vermag.

e) Aktivierung der Zahlungsbilanz

Ein weiterer Vorteil unter gesamtwirtschaftlichem Aspekt liegt m. E. darin, daß mit Hilfe des zweigleisigen Vertriebs Auslandsmärkte neu oder besser erschlossen werden können. Die dadurch sich einstellende Exportsteigerung findet ihren Niederschlag in einer Aktivierung der Zahlungsbilanz.

1) Vgl. Kolms, Finanzwissenschaft, Bd. 1: Grundlegung, Berlin 1966, S. 101 ff.

2) Persönliche Auskunft des DIHT.

Der Vertrieb von Markenartikeln setzt in erster Linie einen kontinuierlichen Bedarf voraus. Die Bedürfnisäußerungen stehen in einem kausalen Verhältnis zu den Bedürfnissen und der Kaufkraft. Berücksichtigt man nur die bedarfsbestimmenden Bedürfnisstrukturen, so ist ohne weiteres einleuchtend, daß die marktkonformen produktbezogenen Merkmale eines für einen ganz bestimmten Nationalmarkt gestalteten Markenartikels nicht den Bedürfnisstrukturen auf anderen Nationalmärkten entsprechen werden. Die heterogenen Bedürfnisstrukturen und die Mentalität der Verbraucher stehen im allgemeinen einer einheitlichen Gestaltung der Markenartikel-Merkmale entgegen. Der Eignungswert, der in der Befriedigung eines Bedürfnisses durch die technisch-materiellen Eigenschaften des Produktes liegt, und der Geschmackswert, der durch die Befriedigung bestimmter Bedürfnisse auf Grund ästhetisch-geschmacklicher Eigenschaften der Produkte erzielt wird, muß den Nutzenerwartungen der Konsumenten anderer Länder angepaßt werden. Ein Vertrieb von Markenartikeln mit einheitlichen produktbezogenen Merkmalen ist deshalb nur selten möglich.

Die unterschiedliche Gestaltung des Vertriebsgegenstandes erstreckt sich vor allem auf die Verpackung, Aufmachung, Formgebung und nicht zuletzt auf die Markierung. Nur wenn die potentiellen Konsumenten auf den einzelnen Nationalmärkten den Markenartikel verwenden können, ohne daß sie in Konflikt mit den Normen ihrer "culture patterns" geraten, und der Hersteller die bestehenden Rechtsnormen beachtet, wird sich der Markenartikel auch auf ausländischen Märkten durchsetzen und die erforderliche Anerkennung finden.

Ebenso differenziert muß die Funktion der Preisbildung bei einem Vertrieb ins Ausland gehandhabt werden. Der Markenartikelproduzent kann sich wegen der unterschiedlichen Verhältnisse auf den Nationalmärkten veranlaßt sehen, auf einigen Märkten die Preise zu binden, auf anderen dagegen davon abzusehen. Aber auch bei gebundenen Preisen wird im allgemeinen eine unterschiedliche Höhe festzusetzen sein.

Eine Erschließung von Auslandsmärkten mit Hilfe des zweigleisigen Vertriebs ist ferner auch in der Weise möglich, daß ein Industriebetrieb, der die hohen Kosten und das Risiko der Einführung seiner Waren auf fremden Nationalmärkten nicht tragen kann oder will, einen Teil seiner Produktion, die im Inland ausschließlich unter der Fabrikmarke vertrieben wird, ausländischen Handelsbetrieben und -organisationen überläßt, die dann die Produkte unter ihrer eigenen (Händler-) Marke absetzen.¹⁾

2. Nachteile

a) Verminderung der Markttransparenz

Durch die ständige Zunahme des Güterangebots werden für den einzelnen Verbraucher die Märkte immer weniger überschaubar, die Markttransparenz nimmt ab. Für den Konsumenten bedeutet dies, daß es ihm immer schwerer fällt, sich über Qualität und Preis der angebotenen Güter zu informieren. Durch den zweigleisigen Vertrieb wird diese Tendenz noch verstärkt, denn er gehört zu den Bereichen, über die im allgemeinen nur wenig an die Öffentlichkeit dringt.

Zu Recht weisen einige Autoren darauf hin,²⁾ daß auch die Ausschaltung des zweigleisigen Vertriebs und die damit verbundene erhöhte Markttransparenz auf den oligopolistischen Markenartikelmärkten im allgemeinen keinen Preiswettbewerb schaffen würden; vielmehr spricht die Erfahrung dafür, daß ein Hersteller, der nicht zum zweigleisigen Vertrieb übergeht, im Hinblick auf die Struktur der Markenartikelmärkte keine Preissenkung vornimmt, sondern in den Qualitäts-, Service- und Reklamewettbewerb ausweicht. Mit Hilfe der Preisspaltung läßt sich jedoch indirekt ein niedrigeres Preisniveau anstreben, da der zweigleisige Vertrieb die Hersteller zu einer Revision ihrer Markenartikelpreise zwingt.

1) Vgl. Langenkamp, MA 1966, S. 372, 374; Angehrn, MA 1959, S. 280.

2) Vgl. Schmidt, WuW 1963, S. 103; Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 25.

b) Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäufererebene

Eine Diskriminierung der Wiederverkäufer der preisgebundenen Standardmarke kann sich ergeben, wenn der zweigleisig vertreibende Markenartikelhersteller die Produktvarianten über getrennte Absatzkanäle zu unterschiedlichen Preisen auf den Markt bringt.¹⁾

Es soll jedoch hier bereits darauf hingewiesen werden, daß eine Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäufererebene dann nicht vorliegt, wenn jeder Wiederverkäufer die einzelnen Produktvarianten führen kann oder wenn die bestehenden Preisunterschiede lediglich die unterschiedlichen Verbraucherpräferenzen reflektieren.

c) Etablierung einer gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigten Preisbindung

Bei einer wesentlichen Änderung der Marktlage²⁾ kann die freie Marktwirtschaft nicht darauf verzichten, daß eine unverzügliche Preiskorrektur durch den Preiswettbewerb erfolgt. Beim zweiseitigen Vertrieb in der Erscheinungsform des preisgebundenen Markenartikels und anonymer bzw. anders markierter Ware stimmt - nach Ansicht des Bundeskartellamtes³⁾ - der gebundene Verbraucherpreis nicht überein mit dem vom Händler frei kalkulierten, nach den Marktverhältnissen sich bildenden Preis, den der Konsument für die nicht im Preis gebundene Ware zahlt. Nicht aber der vertikal gebundene, sondern der ungebundene, sich im Markt ungehindert bildende Preis sei durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse gerechtfertigt. Die Auffassung des

1) Vgl. S. 113 f.

2) Daß Preisbinder auch bei einer wesentlichen Veränderung der Marktverhältnisse nicht unverzüglich die gebundenen Markenartikelpreise korrigieren, hat seine Gründe darin, daß (1) eine Preissenkung von der Konkurrenz als Signal zum Preiskampf gewertet wird, daß (2) heftige Reaktionen der Händlerschaft zu befürchten sind, daß (3) mit der Korrektur des gebundenen Preises u.U. hohe Kosten verbunden sind, daß (4) ein Teil der Verbraucherschaft vom Preis auf die Qualität und von Preisänderungen auf Qualitätsschwankungen schließt.

3) Schreiben des Vorsitzenden, MA 1960, S. 51.

Bundeskartellamtes ist m. E. in dieser allgemeinen Form nicht haltbar.¹⁾

d) Ausweitung des preisgebundenen Markenartikels

Die anonyme "Zweit-Gleis-Ware" tritt mit den sich bereits im Markt befindlichen freien Produkten anderer Hersteller in Wettbewerb. Da eine Preiskonkurrenz im allgemeinen nur bei freien Artikeln wirksam wird, ist sie hier besonders stark. Hoppmann²⁾ weist nun darauf hin, daß sich die Hersteller freier anonymer Waren durch die scharfe Preiskonkurrenz veranlaßt sehen könnten, ihre Waren als preisgebundene Markenartikel herauszubringen, um dem Wettbewerbsdruck auszuweichen. Eine Zunahme der preisgebundenen Markenartikel führe aber zu einer weiteren Erstarrung des Preisgefüges und zu einer Verminderung des Angebots an Billigwaren.

Abgesehen davon, daß bestimmte Produkte aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht als Markenartikel herausgebracht werden können (bei bestimmten Waren z. B. kann keine gleichbleibende Qualität garantiert werden), fehlen den Herstellern anonymer Waren oft die finanziellen Mittel, um die dem Markenartikel eigentümliche überregionale Werbung durchzuführen oder eine weitverzweigte Absatzorganisation aufzubauen, damit das Erfordernis der Überall-erhältlichkeit erfüllt wird. Die Gefahr, daß der zweigleisige Vertrieb zu einer Ausweitung des preisgebundenen Markenartikels führt, ist somit nur sehr gering.

3. Ergebnis

Als Ergebnis läßt sich festhalten: Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht heraus ist der zweigleisige Vertrieb vor allem deswegen positiv zu beurteilen, weil er zur Auflockerung erstarrter Preissysteme beiträgt und mittelständischen Markenartikelproduzenten eine Überlebenschance bietet. Ferner differenziert die Preisspaltung das Angebot einer be-

1) Vgl. unten, S. 129 ff.

2) Vgl. Hoppmann, Binnenhandel und Binnenhandelspolitik, S. 143.

stimmten Warenart zugunsten des Verbrauchers vor allem bezüglich des Preises stärker. Weiterhin wurde festgestellt, daß der zweigleisige Vertrieb zu einer Steigerung der gesamtwirtschaftlichen Gesamtnachfrage und einer Aktivierung der Zahlungsbilanz beitragen kann.

Nachteilig ist dagegen zu werten, daß durch die Zweispurigkeit sich die Markttransparenz weiter vermindert und u. U. eine Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferenebene herbeigeführt wird. Zu berücksichtigen ist auch, daß mit Hilfe der Doppelgleisigkeit einer nach den Marktverhältnissen notwendig gewordenen Korrektur des gebundenen Preises ausgewichen werden kann.

Bei Abwägung aller Vor- und Nachteile läßt sich jedoch sagen, daß die positiven Wirkungen der Zweispurigkeit im allgemeinen überwiegen und diese Absatzmethode aus gesamtwirtschaftlicher Sicht heraus zu bejahen ist.

D. Wirtschaftsrechtlicher Teil

I. Bedenken gegen den zweigleisigen Vertrieb in kartellrechtlicher Hinsicht

Der Wettbewerb zwischen den am Wirtschaftsprozeß Beteiligten erfüllt im Rahmen unserer nach marktwirtschaftlichen Prinzipien organisierten Volkswirtschaft drei bedeutende Funktionen: er ist Ordnungs- und Steuerungsfaktor, er ist Antriebsfaktor und er ist ein Mittel zur Steigerung des wirtschaftlichen Wohlstandes aller Wirtschaftsteilnehmer.

Aus der Erkenntnis heraus, daß die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs in der Marktwirtschaft nicht von sich aus gesichert ist, wurde u. a. am 27.7.1957 das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)¹⁾, das sog. Kartellgesetz, und am 15.9.1965 das Gesetz zur Änderung des GWB verkündet. Das GWB soll "die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt"²⁾.

1. Zweigleisiger Vertrieb und § 17, I GWB

Nach § 17, I GWB kann die Kartellbehörde bei Vorliegen der dort erschöpfend aufgeführten Gründe von Amts wegen oder

-
- 1) Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist nur auf einen Teil der Wirtschaftsteilnehmer anwendbar, nämlich auf die Unternehmen. Zum Unternehmensbegriff vgl. Literaturverweise bei Christl, BB 1960, S. 297, Fußnote 7.
 - 2) Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf in BT-Drucks., 2. Wahlperiode, Nr. 1158, S. 15.

auf Antrag eines nach § 16 GWB gebundenen Abnehmers die vertikale Preisbindung mit sofortiger oder späterer Wirkung für unwirksam erklären, wobei jedoch bei der Entscheidung gem. § 17, II GWB "alle Umstände zu berücksichtigen sind".

a) Zweigleisiger Vertrieb und mißbräuchliche Handhabung der vertikalen Preisbindung (§ 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB)

Gemäß § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB kann die Kartellbehörde die vertikale Preisbindung der über das erste Gleis abgesetzten Markenware für unwirksam erklären, sofern sie mißbräuchlich gehandhabt wird. Voraussetzung einer eingehenden Untersuchung dieser Frage ist eine Klärung dessen, was man in diesem Zusammenhang unter Mißbrauch zu verstehen hat; das GWB selbst gibt darüber keine Auskunft.

a₍₁₎ Der Mißbrauchsbegriff des § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB

Im Schrifttum werden sehr unterschiedliche Auffassungen zum Begriff des Mißbrauchs i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB vorgetragen. Während eine Reihe von Autoren eine allgemeine Deutung des Mißbrauchsbegriffs bringt¹⁾, verzichten andere bewußt auf eine generelle Umschreibung dieses Terminus und begnügen sich mit einer kasuistischen Aufzählung einzelner typischer Mißbrauchsfälle²⁾. So bringen auch Baumbach-Hefermehl³⁾ zwar eine allgemeine Deutung des Mißbrauchsbegriffs (ein Mißbrauch liege dann vor, wenn die Preisbindung "in einer dem Sinn und Zweck ihrer Zulassung widersprechenden Weise durchge-

1) Vgl. Christl, BB 1960, S. 297 ff.; Linhard-Stöhr, BB 1957, S. 1024; Mayer-Wegelin, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt/M. 1960, Anm. 5 zu § 17 GWB; Frankfurter Kommentar, Rdz. 15 zu § 17 GWB.

2) Vgl. Haberkorn, WRP 1965, S. 395; Lukes, Jus 1962, S. 219; Müller-Gries, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt/M. 1958, Rdz. 5 zu § 17 GWB; Rasch/Westrick, Wettbewerbsbeschränkungen, Herne-Berlin 1966, Rdz. 3 ff. zu § 17 GWB.

3) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 4 zu § 17 GWB.

führt wird", insbesondere wenn der Wettbewerb "über das zur Durchführung einer Preisbindung erforderliche Maß hinaus beschränkt" werde), weisen aber gleichzeitig darauf hin, daß eine exakte Bestimmung des Mißbrauchsbegriffs nicht möglich sei und deshalb "im Interesse der Rechtssicherheit ... die unbestimmte Norm in Unternormen", die "typische Mißbrauchsfälle erfassen", aufgegliedert werden müsse.

Wenngleich die Schwierigkeiten nicht verkannt werden, die einer allgemeinen und umfassenden Definition des Mißbrauchs- begriffs entgegenstehen, so lassen sich dennoch m. E. aufgrund der Entstehungsgeschichte und der systematischen Stellung des § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB allgemeingültige, grundlegende Züge des normativen Begriffs "mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung" auffinden.

Gem. § 15 GWB sind vertikale Preisbindungen grundsätzlich nichtig. Von diesem Verbot wurden in § 16 GWB die Preisbindungen für Markenwaren (und Verlagserzeugnisse) ausgenommen, die dafür jedoch in § 17, I GWB der Mißbrauchs- aufsicht unterstellt wurden.

Durch die alternative Gegenüberstellung des § 17, I, S. 1, Ziff. 1 mit Ziff. 2 GWB wird eindeutig auf den Unterschied zwischen Mißbrauch und Rechtsüberschreitung hingewiesen. Der Wille des Gesetzgebers, einen Unterschied zwischen Mißbrauch und Gebrauch ohne die erforderlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 16 GWB zu treffen, kommt bei der Konfrontation dieser Bestimmungen klar zum Ausdruck. Wenn andererseits in § 17, II GWB von "Mißbrauch" die Rede ist, so hat man darunter nicht Mißbrauch im engeren und eigentlichen Sinn zu verstehen, sondern nur eine Zusammenfassung der in Abs. I bezeichneten Fälle. Zu Recht weist Sarnighausen¹⁾ darauf hin, daß nur § 17, I, S. 1, Ziff. 2 den Mißbrauchsbegriff enthält, während Ziff. 1 und Ziff. 3 an konkrete Eingriffsvoraussetzungen gebunden sind.

Nach dem Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses²⁾

1) Vgl. Sarnighausen, Der Mißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Göttingen 1961, S. 88 f.

2) Bericht des Wirtschaftspolitischen Ausschusses, in: BT-Drucksachen, 2. Wahlperiode, Nr. 3644, S. 22.

wurde die allgemeine Fassung des § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB gewählt, "um neben den bekannten Praktiken wie z. B. der Verknüpfung von Preis- und Vertriebsbindungen oder der kollektiven Anwendung durch horizontal sich zu diesem Zweck zusammenfindende Unternehmen auch alle die mißbräuchlichen Anwendungsformen zu erfassen, die etwa künftighin entgegen dem Gesetzeszweck entwickelt und praktiziert werden".

Bezeichnet man den Mißbrauch als einen zwar formell zulässigen, aber sinnwidrigen Gebrauch¹⁾, so erscheint es zunächst notwendig, für die Klärung des Mißbrauchsbegriffs i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB den Sinn der Freistellung des § 16 GWB von der grundsätzlichen Nichtigkeit von Preisbindungen (§ 15 GWB) darzulegen.

Entsprechend der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf²⁾ wurde die Ausnahme von der grundsätzlichen Nichtigkeit der Preisbindungen des § 15 GWB bei Markenwaren deshalb gemacht, weil der einheitliche Preis im Hinblick auf den Absatz von Markenartikeln mit gleichbleibender Qualität von Vorteil ist und dem Markeninhaber helfen kann, sowohl den Wert seiner Marke als auch seine erkämpfte Marktposition zu erhalten und zu sichern. Die erworbene Marktposition der Markenware soll nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß diese zu Preisen vertrieben wird, die von anderen willkürlich festgesetzt werden und mit denen die beim Publikum bestehende Vorstellung des Zusammenhangs von gleichbleibender Güte und gleichbleibendem Preis zerstört wird. Daraus wird klar ersichtlich, daß für die Zulässigkeit der Preisbindung der zweiten Hand primär einzelwirtschaftliche Gesichtspunkte - nämlich die Interessen des Preisbinders - ausschlaggebend sind.

Sinn und Zweck der Freistellung des § 16 GWB bestehen somit darin, daß die vertikale Preisbindung in ihrer konkreten Ausgestaltung zum Schutz des Markenwertes und zur Wert-

1) Vgl. Benisch, WuW 1967, S. 132; Christl, BB 1960, S. 297.

2) Vgl. Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf, in: BT-Drucksachen, 1. Wahlperiode, Nr. 3462, S. 20; vgl. ferner Müller, Gries, a.a.O., Rdz. 11 zu § 16 GWB; Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 10 zu § 16 GWB; Lukes, Jus 1962, S. 162; Fikentscher, Die vertikale Preisempfehlung, München und Berlin 1960, S. 38 ff.

schätzung der Marke beiträgt. Wird die vertikale Preisbindung nicht in diesem Sinn, sondern zu gesetzesfremden Zwecken benutzt, ist ihre Zulassung durch § 16 GWB nicht mehr gerechtfertigt¹⁾. Die Mißbrauchsaufsicht hat deshalb die Aufgabe, über die Einhaltung des gesetzlichen Zweckes einer nach § 16 GWB formell zulässigen Preisbindung zu wachen²⁾. Solange die vertikale Preisbindung in Übereinstimmung mit dem Sinn und Zweck ihrer ausnahmsweisen Zulassung gebraucht wird, stellt die damit verbundene Beeinträchtigung der Preisflexibilität und des Preiswettbewerbs keinen Mißbrauch i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB dar, es sei denn, der Wettbewerb wird durch die Preisbindung über das unbedingt notwendige Maß hinaus beschränkt (Ziff. 3).

Man könnte nun die Meinung vertreten, dem Markeninhaber müsse es frei stehen, auf diesen Schutz zu verzichten, d.h. den Wert seiner Marke durch eine auf andere Ziele ausgerichtete Preisbindung selbst untergraben zu dürfen. Diese Argumentation würde jedoch den vom Gesetzgeber dem § 16 GWB beigelegten Sinn und Zweck verkennen. Die ausnahmsweise Freistellung der vertikalen Preisbindung vom generellen Verbot vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen soll für den Markenartikelhersteller ausschließlich ein Hilfsmittel sein, den Wert seiner Marke zu erhalten.³⁾ Die vertikale Preisbindung muß deshalb in ihrer konkreten Ausgestaltung tatsächlich zum Schutz der Marke beitragen. Die Verfolgung anderer Interessen stellt einen Mißbrauch der Preisbindung i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB dar.

a(2) Zur Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB beim zweigleisigen Vertrieb

Die Frage, ob § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB beim zweigleisigen

1) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 4 zu § 17 GWB.

2) Vgl. Kosiek, a.a.O., S. 181; Sarnighausen, a.a.O., S. 89 ff.

3) Vgl. WuW/E BKartA 895: "Dazu ist die vertikale Preisbindung nach dem Willen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen jedoch nicht geschaffen. Sie ist vielmehr als eine zum Schutz des Goodwill individueller Marken zugelassene Institution gedacht."

Vertrieb überhaupt anwendbar ist, muß zunächst Verwundung erregen, denn einmal nimmt diese Bestimmung ausdrücklich Bezug auf die Preisbindung und zum anderen wurde bisher nicht bezweifelt, daß der zweigleisige Vertrieb das Bundeskartellamt zur Aufhebung der Preisbindung berechtigt, und zwar vor allem deswegen, weil - nach Ansicht der h. M. - eine derartige Preisbindung gem. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB mißbräuchlich gehandhabt wird.¹⁾

Um dem BKA die Mißbrauchsaufsicht über vertikale Preisbindungen zu erleichtern, wird seit der Neuregelung des § 17 GWB gesetzlich vermutet, daß im zweigleisigen Vertrieb ein Fall überhöhter Preise im Sinne des § 17, I, S. 1, Ziff. 3 liegt, sofern der Preisunterschied zwischen den unterschiedlich markierten Produktvarianten erheblich ist.

Die Frage, ob das BKA beim zweigleisigen Vertrieb die Preisbindung auch ohne den Nachweis einer erheblichen Preisdifferenz aufheben kann, und zwar nicht nach § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB, sondern wegen mißbräuchlicher Handhabung nach Ziff. 2, ist zu bejahen, denn aus der gesetzlichen Vermutung kann nicht auf die Absicht des Gesetzgebers geschlossen werden, daß die Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb nur im Fall eines erheblich niedrigeren Preises für unwirksam erklärt werden kann. Durch die Einführung der gesetzlichen Mißbrauchsvermutung wurde m. E. das Eingriffsrecht der Kartellbehörde nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB überhaupt nicht tangiert.²⁾

a₍₃₎ Zweigleisiger Vertrieb und Täuschung der Verbraucherschaft

a_(3/1) Stellungnahme des Bundeskartellamtes und der Literatur

Nach Ansicht des BKA und der h. M. in Literatur und Rechtsprechung stellt der gleichzeitige Vertrieb qualitätsgleicher Ware teilweise als preisgebundenen Markenartikel,

1) Vgl. dazu ausführlich unten, a₍₃₎.

2) Gl.A. Völp, WRP 1965, S. 345.

teilweise ohne Marke oder unter einer anderen Marke und außerhalb der Preisbindung grundsätzlich eine mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB dar. Der Mißbrauch wird hier mit der Täuschung der Verbraucherschaft und der damit verbundenen Erzielung eines nach den Marktverhältnissen nicht mehr gerechtfertigten Preises begründet.¹⁾

Voraussetzung für die Durchführung eines zweigleisigen Verkaufssystems sei die täuschende Ausnutzung einer nach der Verkehrsanschauung beim Verbraucher bestehenden Vorstellung, daß die zu unterschiedlichen Preisen und unter verschiedenen Marken abgesetzten Erzeugnisse eines Herstellers nicht von gleicher Qualität seien; vielmehr gehe die Verbraucherschaft davon aus, daß ein preisgebundener Markenartikel überall nur unter dieser Marke und nur zu diesem durch Werbung, Aufdruck auf der Verpackung usw. bekanntgegebenen sowie durch die vertikale Preisbindung vom Hersteller festgesetzten Preis erhältlich sei und nicht gleichzeitig, wenn auch unter einer anderen Marke, zu einem niedrigeren Preis vertrieben werde.

Ohne diese Vorstellung der Verbraucherschaft sei eine Preisspaltung gar nicht möglich. Der "praktisch und wirtschaftlich denkende Verbraucher"²⁾ würde vielmehr, wenn er wüßte, daß Markenartikel und Nicht-Markenartikel technisch identisch sind, stets der billigeren Ware den Vorzug geben, unabhängig davon, ob sie ein Markenzeichen trage oder nicht.

§ 16 GWB habe gerade im Hinblick auf das besondere Wesen und die Eigenart des Markenartikels für diesen ausnahmsweise die vertikale Preisbindung zugelassen. Sei eine vertikale Preisbindung an einem Verkaufssystem beteiligt, welches die Bedingungen dafür setze, daß sich eine "am normalen Markenartikelbegriff orientierte Verbraucherschaft"³⁾ über den Charakter der preisgebundenen Ware irre

1) Vgl. Schreiben des Vorsitzenden, MA 1960, S. 51 = WuW/E B Kart A 143 f.; Völp, MA 1960, S. 48; Kosiek, a.a.O., S. 159; Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 1141; Christl, BB 1960, S. 301; Schwartz, im Gemeinschaftskommentar 2. Aufl., Rdz. 25 zu § 17 GWB; Rasch/Westrick, a.a.O., Rdz. 4 zu § 17 GWB; Benisch, WuW 1967, S. 139; OLG Düsseldorf, Der Betrieb 1963, S. 513 f.; Markenverband, Der Betrieb 1964, S. 836; BKA, MA 1964, S. 579.

2) Schreiben des Vorsitzenden, MA 1960, S. 51.

3) Ebenda.

und als Folge dieser unrichtigen Vorstellung teurer einkäufe, als sie es bei voller Kenntnis des Sachverhalts tun würde, so könne diese vertikale Preisbindung nach dem Zweck des § 16 GWB nicht gebilligt werden.

Die vertikale Preisbindung und die von allen Markenartikelherstellern erarbeitete Stellung werde hier dazu benutzt, den gutgläubigen Verbraucher zu übervorteilen. Eine solcherart sinnwidrig gebrauchte Preisbindung sichere aber nicht, wie es Sinn und Zweck des § 16 GWB sei, den Wert der Marke, sondern gefährde ihn. Damit widerspreche die vertikale Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb der Absicht des § 16 GWB und stelle sich somit als eine mißbräuchlich gehandhabte Preisbindung i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB dar.¹⁾²⁾

- 1) Eine einschränkende Auffassung vertritt der Frankfurter Kommentar (Rdz. 43 zu § 17 GWB): Nach ihm ist die Handhabung der Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb nur dann mißbräuchlich, wenn sie die von der Preisspaltung ausgehenden Beeinträchtigungen verstärkt, was jedoch nicht unbedingt der Fall sein muß. Täuscht der Hersteller durch den zweigleisigen Vertrieb "nicht nur die Verbraucher, sondern auch die Händler, so werden diese die unterschiedlichen Wiederverkaufspreise vielleicht schon deshalb fordern, weil sie an den unterschiedlichen Wert der Ware glauben. In solchen Fällen verstärkt die Preisbindung nicht die von der Preisspaltung ausgehenden Beeinträchtigungen. Es ist dann zwar ein Vergehen nach UWG geboten, nicht aber ein Eingriff der Kartellbehörde nach § 17 GWB."
- 2) Für zulässig erachtet das BKA dagegen die Abgabe der gleichen Ware in Klein- und Großpackungen und das Bestehen einer Preisbindung lediglich für die kleinere Packung. Vgl. Schreiben des BKA vom 7.12.1962, Der Betrieb 1963, S. 859 f.
Vgl. ferner das Rechtsgutachten, das ein MA-Unternehmen in diesem Zusammenhang anfertigen ließ und das dem Verfasser zur Verfügung gestellt wurde: "Ich darf darauf hinweisen, daß es nach der Praxis des BKA keine unzulässige Preisspaltung ist, wenn ein Herstellerunternehmen nur die Kleinpackungen, nicht aber die Großgebinde seiner Erzeugnisse im Preise bindet. Es handelt sich dabei nicht um 'vergleichbare Erzeugnisse' i. S. des § 16 GWB, obwohl beide Packungen in ihren verschiedenen Größen die gleiche Ware enthalten. Ebenso wenig führt die Tatsache, daß die nicht preisgebundenen größeren Gebinde relativ billiger verkauft werden als die preisgebundenen Kleinpackungen, zu einer Unwirksamkeitserklärung der Preisbindung nach § 17 GWB, weil es kaufmännischer Kalkulation entspricht, größere Einheiten billiger abzugeben, weil die Gestehungskosten allgemein geringer sind dabei."

a(3/2) Eigene Stellungnahme

Die Ansicht der h. M., die den Mißbrauch der vertikalen Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb mit der Täuschung der "am normalen Markenartikel-Begriff orientierten Verbraucherschaft" begründet, ist m. E. zu allgemein und trifft weder in der Ausgangsstellung noch im Ergebnis zu.

a(3/21) Grad des Bekanntseins des zweigleisigen Vertriebs

Die h. M. in Literatur und Rechtsprechung sowie das BKA gehen davon aus, daß bei der Verbraucherschaft die Vorstellung bestehe, es sei ein preisgebundener Markenartikel nicht gleichzeitig auch in anderer Aufmachung und zu einem niedrigeren Preis erhältlich.

Im folgenden soll untersucht werden, ob diese Auffassung mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt bzw. noch übereinstimmt. Zum besseren Verständnis des hier entwickelten Gedankenganges erscheint es zweckmäßig, eine Aufgliederung der gesamten Verbraucherschaft in einen wirtschaftlich aufgeschlossenen und einen wirtschaftlich nicht aufgeschlossenen Teil vorzunehmen, wobei sich feststellen läßt, daß sich die Relation zugunsten des ersteren verschiebt.

a(3/211) Der wirtschaftlich aufgeschlossene Verbraucher

Die oben wiedergegebene Ansicht der h. M., die im Zusammenhang mit den Vorgängen auf dem Strumpfmarkt (1958) konzipiert wurde und zu der sich das BKA auch heute noch bekennt, mag zum damaligen Zeitpunkt richtig gewesen sein¹⁾; aber gerade die Vorgänge auf dem Strumpfmarkt und in der Folgezeit auf dem Benzin-, Spirituosen- und Biermarkt sowie die Auseinandersetzungen mit diesen Vorgängen in Presse, Rundfunk, Fach- und Testzeitschriften haben den sich für wirtschaftliche Vorgänge interessierenden Verbraucher mit

1) Vgl. aber Wickern (MuW 1939, S. 353 ff.), der bereits 1939 auf Fälle des zweigleisigen Vertriebs hingewiesen hat.

der Existenz des zweigleisigen Vertriebs bekannt gemacht.¹⁾
Der Grad der Bekanntheit schwankt naturgemäß je nach
Warengattung. So wissen z. B. im allgemeinen die Kraft-
fahrer genau, daß sie an einer freien Tankstelle Marken-
benzin erhalten.²⁾

Wenn der wirtschaftlich aufgeschlossene Konsument beim Kauf
eines bestimmten Markenartikels vielleicht auch nicht weiß,
ob im konkreten Fall ein zweigleisiger Vertrieb praktiziert
wird, so stellt er dennoch diese Möglichkeit grundsätzlich
in Erwägung. Kauft aber der Verbraucher den Markenartikel,
obwohl er genau weiß, daß dieser zweigleisig vertrieben
wird, bzw. obwohl er die Möglichkeit nicht ausschließt,
daß eine der billigeren ihm angebotenen Handelsmarken oder
anonymen Waren aus der gleichen Produktion wie der teurere
Markenartikel stammt³⁾, dann läßt sich m. E. die Behaup-
tung nicht aufrechterhalten, dieser Verbraucher werde
durch die Preisspaltung getäuscht. Der Markenartikel wird
hier nicht infolge einer unrichtigen Vorstellung gekauft,
sondern bei voller Kenntnis der Sachlage. Die vertikale
Preisbindung und die von allen Markenartikelherstellern
erarbeitete Stellung des Markenartikels dient hier - zuge-
schnitten auf diesen Teil der Verbraucherschaft -
n i c h t dazu, die Käuferschaft zu übervorteilen. Ein
Mißbrauch der vertikalen Preisbindung kann insoweit nicht
mit einer Täuschung der "am normalen Markenartikel-Begriff
orientierten Verbraucherschaft" geltend gemacht werden.

Dieses Ergebnis läßt nur in bestimmten Fällen eine Aus-
nahme zu:

- 1) Vgl. auch die Ergebnisse der vom Verfasser zum zweiglei-
sigen Vertrieb durchgeführten Verbraucherbefragung.
- 2) Die Fachgemeinschaft Tankstellen und Garagen im Einzel-
handelsverband Köln weist in einer Stellungnahme (vgl.
Blick durch die Wirtschaft vom 15.10.1959) darauf hin,
"daß der Verbraucher inzwischen soweit aufgeklärt sei,
daß er über die Herkunft der Treibstoffe an den freien
Tankstellen nicht mehr im unklaren ist".
- 3) Daß trotz dieser Kenntnis der teurere MA vielfach den
Vorzug vor der billigeren Produktvariante erhält, liegt
daran, daß nur der MA einen Zusatznutzen (Zusatznutzen
der Risikominderung, Zusatznutzen aus der persönlichen
Sphäre, Geltungsnutzen) zu stiften vermag. Ferner spie-
len die Marktstellung des MA und die Markentreue seitens
des Publikums eine wichtige Rolle.

Wie im ersten Teil dieser Arbeit ausgeführt,¹⁾ besteht eine Erscheinungsform der Zweispurigkeit darin, daß die Produktion teils als preisgebundener Markenartikel, teils unter einer oder mehreren Zweitmarken zu einem niedrigeren Preis abgesetzt wird.²⁾ In beiden Fällen bekennt sich der Hersteller ganz offen zu seiner Ware.

Geht man davon aus, daß der sich offen zu seinem Erzeugnis bekennende Hersteller eben durch diese Freistellung eine bestimmte gleichbleibende Qualität zusichert³⁾, so läßt sich - bezugnehmend auf diese Erscheinungsform der Preisspaltung - feststellen, daß hier auch der wirtschaftlich aufgeklärte Verbraucher - und in noch weitaus stärkerem Maße der wirtschaftlich nicht aufgeschlossene Teil der Verbraucherschaft - davon ausgeht, daß der Produzent auf Grund der Preisunterschiede zwischen Standardmarke und Zweitmarke nur für unterschiedliche Qualitätsgrade garantieren will. Während der wirtschaftlich aufgeklärte Verbraucher beim Kauf eines MA immer die Möglichkeit in Betracht zieht, daß eine der vielen Handelsmarken oder anonymen Waren aus der gleichen Produktion stammt, hält er die Möglichkeit einer technischen Identität zwischen Standardmarke und billigeren Zweitmarke für nicht gegeben. Diese Erscheinungsform der Zweispurigkeit stellt grundsätzlich eine Täuschung des Verbrauchers dar und gibt der Kartellbehörde ein Eingriffsrecht nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB.⁴⁾

a(3/212) Der wirtschaftlich nicht aufgeschlossene Verbraucher

In bezug auf den wirtschaftlich nicht aufgeschlossenen Verbraucher trifft die Annahme der h. M. zu. Dieser erwartet, einen preisgebundenen Markenartikel überall zum gleichen Preis und nur unter der betreffenden Marke zu erhalten, eine Erwartung, in der er bei der Preisspaltung getäuscht

1) Vgl. S. 14.

2) Schwartz erwähnt in der 1. Aufl. des Gemeinschaftskommentars (Rdz. 5 zu § 17 GWB) nur den Fall der Zwillingssmarke.

3) Vgl. Lutz, MA 1938, S. 126.

4) Dies gilt auch für andere spezielle Erscheinungsformen der Zweigleisigkeit, so für das Hausmarkensystem oder für den Fall, daß ein Händler die gleiche Ware unter verschiedenen Marken oder teils markiert, teils anonym vertreibt.

wird und die dazu führt, daß er einen höheren Preis anlegt, als er bei voller Kenntnis der Sachlage zahlen würde. Er würde im allgemeinen¹⁾ den gebundenen Preis nicht entrichten, wenn ihm nicht verheimlicht würde, daß er die gleiche Ware des gleichen Herstellers auch zu einem niedrigeren Preis beziehen kann. Preisdifferenzen zwischen Markenartikel und Nicht-Markenartikel werden vielmehr durch entsprechende Qualitätsunterschiede als gerechtfertigt angesehen. Nur dieser Teil der Verbraucherschaft wird durch den zweigleisigen Vertrieb getäuscht und nur insoweit läßt sich eine mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung annehmen, sofern der Mißbrauch mit der bewußten Täuschung der Verbraucherschaft begründet werden soll.

Doch auch dieses Ergebnis ist noch zu allgemein und damit zu wenig aussagekräftig, denn nicht jede Preisspaltung führt m. E. zu einer Täuschung des wirtschaftlich nicht aufgeschlossenen Teils der Verbraucherschaft.

a(3/2121) Bedeutung der Absatzwege

Die Bundesregierung folgte in ihrer Stellungnahme²⁾ zum Tätigkeitsbericht des BKA für 1959 der Kartellbehörde im Hinblick auf das Ergebnis bei der Frage der mißbräuchlichen Handhabung der Preisbindung i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB nicht uneingeschränkt, sondern vertrat die Auffassung, daß unterschiedliche Absatzwege und Absatzformen unterschiedliche Preise für die gleiche Ware rechtfertigen können.

Da nach der hier vertretenen Ansicht nicht die gesamte Verbraucherschaft getäuscht wird, erhebt sich die Frage, ob es im Hinblick auf die Täuschung des wirtschaftlich nicht aufgeklärten Teils der Verbraucherschaft durch die Zweigleisigkeit von Bedeutung ist, auf welchen Absatzwegen die Produktvarianten vertrieben werden.

Werden - was jedoch der seltenere Fall ist - der preisgebundene Markenartikel und die preisfreie Ausführung über

1) Vgl. dazu unten, S. 93 ff.

2) Stellungnahme der BR zum Bericht des BKA über seine Tätigkeit im Jahre 1959, in: BT-Drucks., 3. Wahlperiode, Nr. 1795, S. 38.

das gleiche Geschäft abgesetzt, so kommt der wirtschaftlich nicht aufgeschlossene Verbraucher, der dem Sortiment des betreffenden Händlers gegenübersteht, nicht auf den Gedanken, daß der teurere, durch Werbung propagierte Markenartikel und die anonyme Ware oder Handelsmarke evtl. technisch identisch seien. Hier wird dieser Teil der Verbraucherschaft durch den zweigleisigen Vertrieb auf jeden Fall getäuscht und die Preisbindung insoweit mißbräuchlich gehandhabt.

Wird dagegen zur Spaltung der Produktion zusätzlich eine Spaltung der Absatzwege vorgenommen, so daß die einzelnen Produktvarianten nur über bestimmte Absatzkanäle vertrieben werden, so könnte man evtl. die Meinung vertreten, daß hier eine Täuschung auch des wirtschaftlich nicht aufgeschlossenen Verbrauchers nicht gegeben sei, "weil die Preis- und Markierungsunterschiede den Käufern durch das Sortiment des einzelnen Händlers nicht unmittelbar ins Bewußtsein gerufen werden".¹⁾ Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, denn dieser Teil der Verbraucherschaft geht immer und unabhängig von der Gestaltung der Absatzorganisation des zweigleisig vertreibenden Herstellers davon aus, daß ein Markenartikelproduzent seine Produktion nur eingeleisig vertreibt.

Als Ergebnis läßt sich somit festhalten, daß es im Hinblick auf die Täuschung des wirtschaftlich nicht aufgeschlossenen Verbrauchers durch die Preisspaltung irrelevant ist, auf welchen Absatzwegen der zweigleisige Vertrieb vorgenommen wird.²⁾

1) Kosiek, a.a.O., S. 162.

2) Zu diesem Ergebnis würde man naturgemäß auch dann kommen, wenn entsprechend der h. M. die gesamte Verbraucherschaft durch den zweigleisigen Vertrieb getäuscht würde. Soweit in diesem Fall die mißbräuchliche Handhabung der vertikalen Preisbindung mit der bewußten Täuschung der Verbraucherschaft begründet würde, wäre die Gestaltung der Absatzwege unbedeutend. Die Kritik der Bundesregierung an der Auffassung des BKA ist insoweit unzutreffend. Ferner muß gesagt werden, daß die Bundesregierung bei ihren Ausführungen die Preisspaltung generell im Auge hatte, während das BKA in seinem Tätigkeitsbericht nur die Preisspaltung beim zweigleisigen Vertrieb von Markenwaren behandelte.

a(3/2122) Bedeutung des einheitlichen Marktes

Bei der Untersuchung der Frage, ob Verbraucher durch den zweigleisigen Vertrieb getäuscht werden, spielt die Gleichheit des Marktes eine entscheidende Rolle. Eine generelle Definition des Marktes ist in diesem Zusammenhang nicht möglich; der relevante Markt muß vielmehr im Einzelfall erfaßt werden.

Wird beim zweigleisigen Vertrieb z. B. eine regionale Marktspaltung in der Weise vorgenommen, daß der preisgebundene Markenartikel und die über das zweite Gleis abgesetzte billigere Ware nicht nebeneinander im gleichen Markt erhältlich sind, sondern jedes Produkt in räumlich exakt abgegrenzten Märkten vertrieben wird, so kann von der Ausnutzung einer falschen Vorstellung auch beim wirtschaftlich nicht aufgeschlossenen Verbraucher nicht mehr die Rede sein, da der preisgebundene Markenartikel in seinem Markt tatsächlich nur unter dieser Marke und zu diesem Preis erhältlich ist und eine Kommunikation zwischen den vom zweigleisig vertreibenden Hersteller belieferten Märkten nicht möglich ist.¹⁾

Diese Feststellung gilt naturgemäß auch für den Fall, daß die Verbraucherschaft als solche gespalten ist und den einzelnen Gruppen nur der Erwerb einer bestimmten Produktvariante möglich ist. "Beziehen Krankenhäuser Arzneimittel für den Stationsbedarf unmarkiert und ungebunden, so entsteht ein vom Apothekenvertrieb abgespalteter Markt, der nur einer abgrenzbaren Verbraucherschicht zugänglich ist."²⁾

a(3/2123) Bedeutung des Faktors Zeit

Eine Täuschung des wirtschaftlich nicht aufgeschlossenen Verbrauchers ist ferner dann nicht anzunehmen, wenn die unterschiedlich markierten Produkte der gleichen Produktion

1) Gl.A. Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 1142; Roidl, BB 1960, S. 1299; Günther, MA 1960, S. 425; Schwartz, im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Rdz. 25 zu § 17 GWB. Zu beachten ist jedoch, daß diese Autoren immer auf die Gesamtheit der Verbraucher abstellen.

2) Schwartz, im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Rdz. 25 zu § 17 GWB.

zu verschiedenen Zeitpunkten abgesetzt werden. Eine nähere Untersuchung dieser Frage erscheint in diesem Zusammenhang nicht erforderlich, da m. E. bei einer derartigen Sachlage keine Zweispurigkeit mehr vorliegt, es fehlt das Erfordernis des gleichzeitigen Vertriebs.¹⁾

Zusammenfassend läßt sich bis hier festhalten, daß durch die "klassischen" Erscheinungsformen der Zweigleisigkeit (Markenartikel und anonyme Ware bzw. Handelsmarke) entgegen der Ansicht der h. M. nicht die gesamte Verbraucherschaft, sondern nur der wirtschaftlich nicht aufgeschlossene Verbraucher getäuscht wird, und dies auch nur dann, wenn die Gleichheit des Marktes gegeben ist. Nur in diesem Fall und nur in bezug auf diesen Teil der Verbraucherschaft liegt eine mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung i. S. d. § 17, S. 1, Ziff. 2 GWB vor, sofern der Mißbrauch mit der bewußten Täuschung des Verbrauchers begründet werden soll.

a(3/22) Reaktion der Verbraucherschaft beim Bekanntwerden des zweigleisigen Vertriebs

Im vorhergehenden Abschnitt wurde dargelegt, daß eine generelle Täuschung der Verbraucherschaft - sieht man einmal von den speziellen Erscheinungsformen der Zweigleisigkeit ab - beim zweispurigen Vertrieb schon deswegen ausgeschlossen ist, weil im Gegensatz zur h. M. der wirtschaftlich aufgeschlossene Verbraucher eben nicht davon ausgeht, daß der preisgebundene MA nur eingleisig vertrieben wird.

Selbst wenn man die nicht zutreffende Annahme der h. M. zugrunde legt, kann man m. E. nicht grundsätzlich im zweigleisigen Vertrieb eine Täuschung der Verbraucher sehen.

1) Vgl. dazu auch die persönliche Auskunft einer Schallplattenfirma zum zweigleisigen Vertrieb: "Einige unserer Platten werden zwar unter anderen Marken zu einem niedrigeren Preis abgesetzt, doch erfolgt dieser Zweitabsatz niemals gleichzeitig mit der teureren Marke. Es handelt sich hierbei, ähnlich wie beim Buchhandel, um eine Zweitaufgabe von nicht mehr aktuellen Platten, die Jahre nach der Erstveröffentlichung in einer neuen Hülle und unter einer neuen Marke (z.B. 'Volksplatte') verkauft werden."

Das BKA¹⁾ geht in seiner Stellungnahme vom 28.12.1959 davon aus, daß der "praktisch und wirtschaftlich denkende Verbraucher", wenn er weiß, daß es sich bei unterschiedlich markierten Waren um dieselbe Qualität handelt, "stets der billigeren Ware den Vorzug gibt, gleichgültig, ob sie ein Markenzeichen trägt oder nicht". Dieser Auffassung soll hier die Behauptung entgegengestellt werden, daß auch nach Bekanntwerden des zweigleisigen Vertriebs Situationen denkbar sind, in denen keine Abwanderung vom teureren MA zur qualitätsgleichen Handelsmarke oder anonymen Ware stattfindet.

a(3/221) Allgemeines Bekanntwerden des zweigleisigen Vertriebs

Erlangt die Verbraucherschaft vom zweispurigen Vertriebssystem eines Herstellers Kenntnis, so ändert dies nichts daran, daß der Konsument der Vielzahl der angebotenen Waren, die - wenn auch in differenziertem Maße - geeignet sind, ein bestimmtes Bedürfnis zu befriedigen, auf Grund seiner mangelnden Warenkenntnis und der mangelnden Markttransparenz mit der gleichen Unsicherheit gegenüber steht, wie vor dem Bekanntwerden der Zweigleisigkeit. Es ist ihm trotz seiner Kenntnis, daß diese Absatzmethode von einem bestimmten Hersteller praktiziert wird, nicht möglich, die mit dem Markenartikel technisch-identische Ware aus dem umfangreichen Angebot herauszufinden. In dieser Situation ist es wiederum nur der Markenartikel, der den Zusatznutzen der Risikominderung bietet.²⁾³⁾ Auch bei Kenntnis

1) Vgl. Schreiben des Vorsitzenden, MA 1960, S. 51.

2) Vgl. dazu ausführlich Kleppner, Der Volkswirt 1956, Beilage zu Nr. 31, S. 44; Reigrotzki, MA 1964, S. 361 ff.

3) Häufig beziehen die Handelsbetriebe und -organisationen die mit ihrer Handelsmarke gekennzeichneten Waren von mehreren Herstellern (das Edeka-Bier z.B. stammt aus zehn verschiedenen Brauereien; die Erste Kulmbacher Aktienbrauerei ist einer der Bierlieferanten von SPAR). Dem Verbraucher ist es hier nur durch Zufall möglich, das aus einer ganz bestimmten Brauerei stammende Bier herauszufinden. Das Kaufrisiko wird dem Verbraucher nur dann abgenommen, wenn ein Händler die Herstellermarke entfernt, damit den Markenartikel zur anonymen Ware macht und seine Kunden über diesen Sachverhalt aufklärt (vgl. dazu aber OLG Stuttgart, in: WRP 1965, S. 154, Anm. 206). Bei einem Verkauf "sub rosa" - darunter versteht man den Sachverhalt, daß ein Händler dem Käufer den Hersteller der anonymen Ware nennt, sofern es sich um ein angesehenes Unternehmen handelt, in der Absicht, dadurch seinen

der Zweispurigkeit ist der Markenartikel mit seinen charakteristischen Wareneigenschaften für den Verbraucher "einzigartig".

Da nur der Markenartikel den Zusatznutzen des verminderten Kaufrisikos bietet und da nur der MA ein Geltungsbedürfnis zu befriedigen vermag, gleichgültig ob der MA-Hersteller seine Produktion zweigleisig vertreibt oder nicht, und gleichgültig, ob der Verbraucher von der Zweispurigkeit Kenntnis hat oder nicht, ist es gerade für den "praktisch und wirtschaftlich denkenden Verbraucher" unerheblich, ob ein Hersteller ein- oder mehrgleisig vertreibt, was wiederum zur Folge hat, daß insoweit die Preispaltung nicht als Täuschung des Verbrauchers angesehen werden kann.

a(3/222) Spezielles Bekanntwerden des zweigleisigen Vertriebs

Eindeutig und klar erfaßbar scheint dagegen die Reaktion des Verbrauchers in dem Fall zu sein, wenn er nicht nur Kenntnis vom zweigleisigen Vertrieb eines Markenartikelproduzenten erhält, sondern darüber hinaus genau weiß, welche Handelsmarke zum Beispiel aus der gleichen Produktion wie der Markenartikel stammt. Gerade der wirtschaftlich aufgeschlossene Verbraucher scheint hier auf den ersten Blick geneigt zu sein, den Markenartikel durch die billigere, technisch aber identische Handelsmarke zu substituieren, da das Kaufrisiko hier ja weitgehend ausgeschaltet ist. Jedoch ergibt sich auch in diesem Fall bei einer tiefergreifenden Betrachtung eine vielschichtige Problematik.

a(3/2221) Befriedigung des Geltungsbedürfnisses

Der Behauptung Vershovens¹⁾, jede Ware könne einen Zusatznutzen, wenn auch in versteckter Form stiften, ist grund-

Absatz zu beleben (vgl. MA 1962, S. 16) - kann der Händler den Verbraucher nur dann zum Kauf der billigeren Ware animieren, wenn es ihm gelingt, die bestehenden Konsumentenpräferenzen dem Markenartikel gegenüber abzubauen.

1) Vgl. Vershofen, a.a.O., S. 103.

sätzlich zuzustimmen. "Jedes Marktobjekt wird letzten Endes um seiner Fähigkeit willen, einen irgendwie gear- teten Nutzen zu stiften, erworben."¹⁾ Dieser Nutzen dient der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse.

Vershofen²⁾ stellt dem Grundnutzen, den er als "die Ge- eignetheit eines Objektes für den ihm zugedachten Zweck in Bezug auf die stofflich technische Brauchbarkeit" be- zeichnet, den Zusatznutzen gegenüber, der seine Wurzeln im seelisch-geistigen Bereich hat. Diesen unterteilt Vers- hofen wiederum in den Zusatznutzen, welcher der persönli- chen Sphäre entstammt, und den Zusatznutzen, der in den sozialen Bereich gehört. Letzterer wird als Geltungsnut- zen bezeichnet.

Geltungsnutzen und conspicuous consumption (öffentlicher Verbrauch) zielen auf das Ansehen bei anderen ab. Das Gel- tungsbedürfnis wird heute praktisch nur noch durch wirt- schaftliche Mittel befriedigt. Der Konsum als Mittel zur Steigerung des persönlichen Ansehens ist permanent im Steigen begriffen. Selbst wenn der Verbraucher die tech- nische Identität von Markenartikel und Handelsmarke bzw. anonymer Ware kennt, wählt er, wenn der Verbrauch oder Ge- brauch aus Sozialprestigegesichtspunkten (z. B. als Ge- schenkartikel oder bei Einladungen) erfolgt, d.h. wenn durch den sichtbaren Gebrauch oder Verbrauch einer Ware An- erkennung und Bewunderung bei den Mitmenschen erstrebt wird, den teureren Markenartikel, da nur dieser das Gel- tungsbedürfnis zu befriedigen vermag. Der Verbraucher ist seinerseits bereit, für dieses "Geltungsnutzen-Produkt" einen höheren Preis zu zahlen.

Entscheidend ist hier nicht so sehr der substantielle Wert der Ware als vielmehr das Image des Markenartikels.³⁾ Da Preis und Qualität des Markenartikels allgemein bekannt sind, ist dieser, soweit es sich nicht um eine Ware mit

1) Moser, Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung, 1963, S. 214.

2) Vgl. Vershofen, a.a.O., S. 103 ff.

3) Vgl. Lisowsky, MA 1951, S. 212; vgl. ferner Wickern, MuW 1939, S. 354: "Wer aus sozialem Geltungsbedürfnis ... den höheren Preis für die Herstellermarke anlegen will, mag das tun."

geringem Geltungsnutzen handelt, in ganz besonderem Maße geeignet, den sozialen Status des Konsumenten zu dokumentieren.¹⁾ Die Marke wird somit zum Statussymbol, wodurch das Markenbild, das Image einer Marke, das durch Werbung, Verpackung, Preisgestaltung usw. entsteht, an Bedeutung gewinnt. Dies führt in vielen Fällen so weit, daß der Konsument in erster Linie das Markenbild, weniger das Erzeugnis selbst kauft.²⁾

Da nur der Markenartikel den erwünschten Geltungsnutzen zu vermitteln vermag, ist es für den, der ihn anstrebt, gleichgültig, ob der Markenartikelproduzent ein- oder mehrgleisig vertreibt, was wiederum zur Folge hat, daß insoweit ein Mißbrauch der vertikalen Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb nicht mit einer Täuschung des Verbrauchers begründet werden kann.³⁾

a(3/2222) Marktstellung des Markenartikels

Selbst wenn es sich um ein reines "Grundnutzen-Produkt" handelt oder aber wenn eine Ware, die zwar an sich einen Geltungsnutzen stiften kann, im konkreten Fall jedoch nur des Grundnutzens wegen entstanden wird, läßt sich nicht generell sagen, daß die Kenntnis des Verbrauchers von der technischen Identität zwischen Markenartikel und billigerer Produktvariante zu einer Abwanderung in Richtung Handelsmarke oder anonymer Ware führt. Von entscheidender Bedeutung ist hier die Marktstellung des Markenartikels.

Bereits weiter oben wurde darauf hingewiesen, daß beim Kauf eines Markenartikels das psychologische Moment der Markentreue eine wichtige Rolle spielt.

Verfügt ein Markenartikel über eine starke Marktstellung - rein äußerlich ist dies oft daran sichtbar, daß die Marke die Tendenz zeigt, zum Gattungsbegriff zu werden -, so

1) Vgl. Thurmann, a.a.O., S. 83 ff.; Dichter, a.a.O., S. 105, weist zutreffend darauf hin, daß der MA heute zum Ersatz für Adel und Stammbaum geworden ist.

2) Vgl. Herppich, Das Markenbild als Element flexibler Absatzplanung in der Zigarettenindustrie, in: Absatzplanung in der Praxis, Wiesbaden 1962, S. 115 ff.

3) Vgl. dazu auch die Ergebnisse der vom Verfasser durchgeführten Verbraucherbefragung.

führt auch das Bekanntwerden der Zweigleisigkeit zu keinem (erheblichen) Absatzrückgang beim preisgebundenen Markenartikel. Dieser ist durch Werbung und sales promotion so tief in das Bewußtsein des Verbrauchers eingedrungen und hat auf Grund seiner Leistung ein solches Vertrauen beim Publikum erworben, daß Preisunterschiede innerhalb gewisser Toleranzgrenzen selbst bei Kenntnis der Zweispurigkeit zu keiner Substitution des MA durch die über das zweite Gleis abgesetzten Ware führen, sondern durch eine außerordentlich hohe Markentreue der Verbraucherschaft überspielt werden können. Dieses Argument, das auf dem ersten Blick nicht ohne weiteres einleuchtet - es spielen bei diesem Artikel ja auch entsprechend der zugrunde gelegten Hypothese Sozialprestige Gesichtspunkte eine Rolle - wurde dem Verfasser immer wieder im persönlichen Gespräch mit Vertretern bedeutender MA-Firmen entgegengehalten.

Der Verkaufsleiter eines renommierten westdeutschen MA-Unternehmens wies dem Verfasser gegenüber darauf hin, daß auf Grund der Marktstellung des betreffenden MA auch bei Bekanntwerden der Zweispurigkeit kein Absatzrückgang zu befürchten sei, sondern eine Preisdifferenz bis zu 50 % im Vergleich zu der Zweitmarke bzw. Handelsmarke durch die Markentreue der Verbraucher überspielt werden könne.

Wenn diese Aussage zu optimistisch erscheint, so möge ein Beispiel aus der Praxis diesen Sachverhalt verdeutlichen: Damenbinden - ein reines Grundnutzen-Produkt - werden von einem bekannten MA-Unternehmen in verschiedenen Ausführungen und Preisklassen abgesetzt. Eine dieser Ausführungen wird bei gleicher technischer Qualität gleichzeitig auch unter einer Zweitmarke vertrieben. Der Preisunterschied beträgt etwa 80 %. Auch nach Bekanntwerden der Zweispurigkeit ging der Absatz des preisgebundenen Markenartikels nicht nennenswert zurück. Selbst von den im Werk beschäftigten Frauen, die doch genaue Kenntnis dieser Vorgänge haben, kaufen nur 20 % die billigere Zweitmarke.¹⁾

Wenn aber trotz dem Bekanntwerden der Doppelgleisigkeit ein Teil der Verbraucher sein Verhalten gegenüber dem

1) Die gleiche Beobachtung läßt sich bei Papiertaschentüchern anstellen.

Markenartikel mit einer entsprechend starken Marktstellung nicht ändert, dann läßt sich insoweit in der Preisspaltung auch kein Mißbrauch der Preisbindung sehen, der mit einer generellen Täuschung "der am normalen Markenartikel-Begriff orientierten Verbraucherschaft" begründet werden könnte.

a(3/2223) Kaufrisiko

Ein weiterer Einwand läßt sich gegen die Auffassung der h. M., der Verbraucher würde beim Bekanntwerden der Zweispurigkeit stets den billigeren Artikel wählen, vorbringen.

Trotz der Kenntnis, daß die unterschiedlich markierten Produkte der gleichen Produktion entstammen, verbleibt ein gewisses - wenn auch vermindertes - Kaufrisiko. Der Käufer muß damit rechnen, "daß die vom Hersteller anonym abgegebene Ware nicht der gleichen scharfen Produktionskontrolle unterworfen wurde".¹⁾ "Wer ... nach dem Prinzip 'Sicher ist auf alle Fälle sicher' den höheren Preis für die Herstellermarke anlegen will, mag das tun."²⁾

a(3/3) Ergebnis

Eindeutig beantwortet werden kann die Frage, ob der zweigleisige Vertrieb zu einer Täuschung "der am normalen Markenartikel-Begriff orientierten Verbraucherschaft" führt und die Preisbindung des über das erste Gleis abgesetzten Markenartikels daher als mißbräuchlich gehandhabt i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB anzusehen ist, nur für die speziellen Erscheinungsformen der Zweigleisigkeit³⁾, da hier das Publikum in seiner Gesamtheit getäuscht wird.

Im Hinblick auf die "klassischen" Erscheinungsformen der Zweispurigkeit (preisgebundener Markenartikel und anonyme Ware bzw. Handelsmarke) wird weder der wirtschaftlich aufgeklärte Verbraucher, noch der, welcher den Markenartikel des Zusatznutzens wegen wählt oder auf Grund einer ausge-

1) Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 54.

2) Wickern, MuW 1939, S. 354.

3) Vgl. oben, S. 89.

prägten Markentreue zum Markenartikel greift, durch diese Absatzmethode getäuscht.

Während die Kartellbehörde bei den oben genannten speziellen Erscheinungsformen der Zweigleisigkeit ohne weiteres einschreiten kann, wird in den anderen Fällen die Preisbindung nur im Hinblick auf einen Teil der Verbraucherschaft mißbräuchlich gehandhabt. Weil nun aber eine Preisbindung nicht teilweise aufgehoben werden kann, steht die Behörde vor der Frage, entweder überhaupt nicht einzuschreiten oder die Preisbindung insgesamt für unwirksam zu erklären.

Da man die Begriffe "wirtschaftlich aufgeklärter" und "wirtschaftlich nicht aufgeklärter Verbraucher" nicht absolut fassen kann, sondern immer in bezug auf die betreffende Warengattung sehen muß, kann die Frage, ob im zweigleisigen Vertrieb eine mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung liegt, die mit der täuschenden Ausnutzung einer bestimmten Verbrauchervorstellung begründet werden soll, im Gegensatz zur h. M. keine generelle Beantwortung erfahren, sondern muß im Einzelfall auf Grund eingehender Marktuntersuchungen geklärt werden. Bei bestimmten Warengattungen (Bier, Strümpfe, Benzin¹⁾) kann man davon ausgehen, daß der Verbraucher durch den zweigleisigen Vertrieb nicht getäuscht wird. Eine auf diesem Argument basierende Aufhebung der vertikalen Preisbindung ist hier m. E. nicht gerechtfertigt.

Das gleiche gilt auch für die Fälle des zweigleisigen Vertriebs, in denen die über das erste Gleis abgesetzte Ware ausschließlich des Geltungsnutzens wegen gekauft wird (z.B. Herrenoberhemden "Schwarze Rose"). Das Bekanntwerden der Doppelgleisigkeit hat in einem derartigen Fall keinen Einfluß auf die Kaufentscheidung bezüglich des "Geltungsnutzen-Produkts". Eine Aufhebung der Preisbindung nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB kann hier nicht mit der Täuschung der Verbraucherschaft begründet werden.

1) Für die Beurteilung ist hier nicht die Vorstellung der gesamten Verbraucherschaft entscheidend, sondern nur der als Benzinabnehmer relevante Kundenkreis, nämlich die Kraftfahrer.

Ein weiterer Punkt, der m. E. in den Stellungnahmen des BKA und der h. M. in Rechtsprechung und Schrifttum zum zweigleisigen Vertrieb zu wenig berücksichtigt wird, ist die Vorschrift des § 17, I, S. 3 GWB, nach der bei der Entscheidung, ob eine Preisbindung mißbräuchlich ausgenutzt wird, "alle Umstände zu berücksichtigen sind". Ergeben die zur Entscheidungsfindung durchzuführenden Marktbeobachtungen und -untersuchungen, daß die außerhalb der Preisbindung und ohne Marke vertriebenen Waren nur einen geringen Teil an der Produktion ausmachen und/oder daß die Verkaufsbemühungen der gebundenen Händler durch den zweigleisigen Vertrieb nicht nennenswert beeinträchtigt werden, würde m. E. eine Aufhebung der vertikalen Preisbindung des Markenartikels gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen.¹⁾²⁾

a(4) Zweigleisiger Vertrieb und Gefährdung des
Markenartikelwesens

Die Preisbindung wird beim zweigleisigen Vertrieb zum Teil auch deshalb als mißbräuchlich gehandhabt i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB angesehen, weil diese Absatzmethode zu einer Gefährdung des Markenartikelwesens führe.

a(4/1) Stellungnahme der Literatur

a(4/11) Schutz des Markenartikelwesens als Ziel der
Freistellung des § 16 GWB

Kosiek³⁾ geht davon aus, daß die vertikale Preisbindung dem Schutz und der Wertschätzung der individuellen Marke sowie der Position des Herstellers zu dienen habe. Wenn dies auch primär der Sinn des § 16 GWB sei, so erschöpfe

1) Vgl. dazu auch Böckstiegel, WuW 1967, S. 11 ff.

2) Zu beachten ist ferner, daß die Irreführung eines Teils der Verbraucherschaft nicht allein der Preisbindung zur Last gelegt werden kann, sondern bereits die Markierung den Eindruck zu erwecken vermag, daß die Markenware nicht gleichzeitig auch zu einem niedrigeren Preis als markenlose Ware erhältlich sei.

3) Vgl. Kosiek, a.a.O., S. 164 f.

sich dennoch damit nicht der Zweck der Freistellung vom generellen Verbot des § 15 GWB.

Nach Ansicht Kosiéks bestehen zwischen der einzelnen Marke und dem Markenartikel als Institution enge wechselseitige Beziehungen insofern, als die Schaffung eines Markenartikels nur dann einen Wert habe, wenn der Markenartikel als solcher anerkannt sei; andererseits trage die Anerkennung einzelner Marken zu einer starken Marktstellung des Markenartikels bei, habe sie in vielen Fällen sogar erst geschaffen. Aus diesen Beziehungen lasse sich unschwer ableiten, daß eine vertikale Preisbindung, die den Schutz des individuellen Markenartikels anstrebe, notwendigerweise auch zur Anerkennung des Markenartikelwesens einen positiven Beitrag leiste, wie umgekehrt eine vertikale Preisbindung nicht nur den Ruf der betreffenden Marke, sondern auch den des Markenartikels schlechthin gefährden könne. Wenn aber die vertikale Preisbindung entsprechend dem § 16 GWB dem Schutz der einzelnen Marke zu dienen habe, so müsse sie auf Grund der aufgezeigten Wechselbeziehungen ebenso nach dem Sinn und Zweck des § 16 GWB zum Schutz des Markenartikels schlechthin beitragen.

Aus diesen Ausführungen lasse sich nun der Schluß ziehen, daß nach dem Sinn und Zweck des § 16 GWB eine vertikale Preisbindung nicht gebilligt werden könne und diese somit als mißbräuchlich gehandhabt i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB anzusehen sei, wenn sie die Existenz des Markenartikelwesens und den Ruf aller Markenartikel gefährde. Die vertikale Preisbindung dürfe immer nur entsprechend dem Zweck des § 16 GWB gebraucht werden. Gehe eine nach dieser Vorschrift zwar formell zulässige Preisbindung in ihren Wirkungen über den von § 16 GWB erfaßten Bereich hinaus, so liege ein Mißbrauch i. S. d. Ziff. 2 vor.

a(4/12) Auswirkungen des zweigleisigen Vertriebs auf die Marktstellung des Markenartikels

Mit den Auswirkungen des zweigleisigen Vertriebs auf die

Marktstellung des Markenartikels hat sich vor allem Völp¹⁾ beschäftigt.

Die Zweispurigkeit sei nicht nur aus dem Grunde zu verurteilen, weil der Hersteller eine von ihm geschaffene Vorstellung des Publikums ausnutze, sondern - und dies wiege noch schwerer - auch deshalb, weil durch dieses "zweigliedrige Verhalten" das fest verankerte, bisher kaum erschütterte Vertrauen des Publikums in den eingeleiteten Vertrieb, "das in jahrzehntelanger, mühevoller und kostspieliger Arbeit aller Markenartikelproduzenten erarbeitet wurde", binnen kürzester Zeit verspielt würde, wenn der zweigleisige Vertrieb in größerem Umfang betrieben und dies der Verbraucherschaft bekannt würde. Der wirtschaftlich denkende Konsument würde dann den teureren Markenartikel grundsätzlich nicht mehr kaufen, um die Möglichkeit einer Übervorteilung von vorneherein auszuschließen. Schließlich würde sich bei der Verbraucherschaft die Ansicht durchsetzen, daß man beim Markenartikel die Marke und die aufwendige Werbung mitzuzahlen habe, ohne einen entsprechenden realen Gegenwert dafür zu erhalten. Dieser Zustand aber würde unweigerlich das Ende des Markenartikels bedeuten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß nach Ansicht dieser Autoren die vertikale Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb auch wegen der behaupteten negativen Ausstrahlungen dieses Absatzsystems auf den allgemeinen Ruf und die Wertschätzung des Markenartikelwesens als eine mißbräuchlich gehandhabte Preisbindung i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB anzusehen sei.

a(4/2) Eigene Stellungnahme

a(4/21) Kritische Stellungnahme zur Kosiek'schen Auslegung des § 16 GWB

Zutreffend ist die oben wiedergegebene Auffassung insoweit,

1) Vgl. Völp, MA 1960, S. 48 ff.; Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 1141; Kosiek, a.a.O., S. 164.

als in der Tat wechselseitige Beziehungen zwischen der einzelnen Marke und dem Markenartikel als solchen bestehen; richtig ist ferner, daß die vertikale Preisbindung dem Schutz und der Wertschätzung der individuellen Marke zu dienen hat. Nicht zugestimmt werden kann jedoch der aus den Wechselbeziehungen gezogenen Folgerung, es sei a u c h Sinn und Zweck des § 16 GWB, daß eine vertikale Preisbindung zum Schutz des Markenartikels schlechthin beizutragen habe und folglich das BKA eine vertikale Preisbindung allein mit dem Argument nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB, die vertikale Preisbindung gefährde in ihrer konkreten Ausgestaltung den Ruf und das Ansehen des Markenartikelwesens, für unwirksam erklären könne.

Nach dem GWB ist die vertikale Preisbindung als eine zum Schutz des Goodwills individueller Marken zugelassene Institution gedacht. Weder im Gesetz selbst noch in der Begründung zum Regierungsentwurf¹⁾, noch in der Rechtsprechung finden sich Hinweise, die eine derart weite Auslegung der Verbotsausnahme des § 16 GWB rechtfertigen würden. Aufgabe des BKA ist es andererseits nicht, für die Pflege des Markenartikelgedankens Sorge zu tragen, sondern den Wettbewerb zu schützen; in bezug auf die Preisbindung hat also das BKA darüber zu wachen, daß einerseits der Wettbewerb durch die in Übereinstimmung mit dem Sinn des § 16 GWB (individueller Markenschutz) gebrauchte Preisbindung nicht über das unbedingt notwendige Maß hinaus beschränkt und andererseits die vertikale Preisbindung nicht zu gesetzesfremden Zwecken benutzt wird, da sonst ihre Zulassung und die damit verbundene Beeinträchtigung der Preisflexibilität nicht mehr gerechtfertigt ist.

a(4/22) Kritische Stellungnahme zur Völp'schen Behauptung der Gefährdung des Markenartikelwesens durch den zweigleisigen Vertrieb

Selbst wenn man der Ansicht von Kosiek folgen würde, könnte man m. E. in der Doppelgleisigkeit keinen Mißbrauch i. S.

1) Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf, in: BT-Drucksachen, 1. Wahlperiode, Nr. 3462, S. 15 ff.

der Ziff. 2 des § 17, I, S. 1 GWB sehen, sofern dieser mit einer Gefährdung des Markenartikelwesens begründet werden soll. Nach der hier vertretenen Auffassung wirkt sich der zweigleisige Vertrieb nicht negativ auf die Marktstellung des Markenartikels aus.

Zur Begründung dieser Ansicht kann teilweise auf die Ausführungen des vorhergehenden Abschnitts verwiesen werden.

Weder der rationale Verbraucher noch der, welcher zum Markenartikel des Geltungsnutzens wegen greift, kündigt beim Bekanntwerden der Zweispurigkeit dem Markenartikel die Gefolgschaft auf. Dies gilt ferner für solche Produkte, die über eine starke Marktstellung verfügen und mit einer hohen Markentreue seitens des Publikums rechnen können. Die einzelne Marke und damit der Markenartikel als Institution erleiden insoweit durch die Zweispurigkeit keinen Schaden.

Anders ist die Situation bei jenen Verbrauchern, deren Denken sich in festen Preis-Qualitätsrelationen bewegt. Durch das Bekanntwerden des zweigleisigen Vertriebs tritt hier die von der h. M. befürchtete generelle Abwanderung zur billigeren Ware auf. Da die Reaktion der enttäuschten Verbraucherschaft jedoch auf einer irrtümlichen Annahme der Vorteile des Markenartikels beruht¹⁾, kann die Markenartikelindustrie durch eine Aufklärungskampagne über die wahren Vorzüge des Markenartikels, etwa die Minderung des Kaufrisikos, den drohenden Verlust mindestens zu einem Teil wieder wettmachen.

Nur solche Produkte werden schließlich aus dem Markt eliminiert, die keinen irgendwie gearteten Zusatznutzen zu stiften vermögen, noch aufgrund einer eigenen Leistung über eine so starke Marktstellung verfügen, die ihnen ein "Über-

1) Der Käufer eines preisgebundenen Markenartikels kann nicht erwarten, eine bessere als die Nichtmarkenware zu erhalten. Der Hersteller, der seine Ware markiert und preisgebunden vertreibt, sichert nur zu, daß seine Ware von konstanter Qualität ist und mit der Marke versehen nur zu dem vorgeschriebenen Preis erhältlich ist. Eben- sowenig ist im Angebot preisgebundener Markenartikel die Zusage einer dem Preis entsprechenden Qualität zu sehen. "Wenn ein Artikel von 'gleichbleibender' Qualität ist, so kann er trotzdem eine 'dem Preis nicht - e n t s p r e c h e n d e ' Qualität haben. Das ist kein Widerspruch." Hoppmann, vertikale Preisbindung und Handel, Berlin 1957, S. 13, Anm. 9.

spielen" des Bekanntwerdens des zweigleisigen Vertriebs ermöglicht. Dem echten Markenartikel und damit dem Markenartikelwesen droht somit nicht die Gefahr des Untergangs.

Ob es für die Idee des Markenartikels und für das Markenartikelwesen nicht sogar von Vorteil ist, wenn solche schwachen Marken, die mit dem echten Markenartikel nicht konkurrieren können und die vielfach nur die Vorteile des Markenartikels beanspruchen, ohne die sich daraus ergebenden Verpflichtungen übernehmen zu können oder zu wollen, aus dem Markt gestoßen werden, ist eine Frage, die eingehenderer Erwägungen wert wäre. Auf diese Weise würde m. E. die "Spreu vom Weizen" gesondert und es blieben nur echte, beim Verbraucher geschätzte und anerkannte Markenartikel im Markt. Je stärker aber die Stellung der einzelnen Marke, desto stärker ist die Stellung des MA als Institution.

a_(4/3) Ergebnis

Entgegen der oben wiedergegebenen Ansicht Kosieks und Völps kann die vertikale Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb nicht nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB für unwirksam erklärt werden, sofern der Mißbrauch mit einer Gefährdung des MA-Wesens durch den zweigleisigen Vertrieb begründet werden soll, da sich einerseits die von Kosiek vorgenommene weite Auslegung der Verbotsausnahme des § 16 GWB nicht rechtfertigen läßt und andererseits sich der zweigleisige Vertrieb nicht negativ auf den Ruf des MA auswirkt bzw. die eventuellen negativen Auswirkungen wirksam bekämpft werden können.

a₍₅₎ Zweigleisiger Vertrieb und Lückenlosigkeit der vertikalen Preisbindung

Das Eingriffsrecht der Kartellbehörde nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB wegen mißbräuchlicher Handhabung der vertikalen Preisbindung wird in der Literatur u.a. auch damit begründet, daß die Zweispurigkeit zur Lückenhaftigkeit der

vertikalen Preisbindung der über das erste Gleis abgesetzten Markenware führe und die Preisbindung aus diesem Grund mißbräuchlich gehandhabt werde.

a(5/1) Die unterschiedlichen Stellungnahmen der Literatur

Zu der Frage, ob der zweigleisige Vertrieb zur Lückenhaftigkeit der Preisbindung führt, lassen sich grundsätzlich drei divergierende Meinungen im Schrifttum feststellen.

Nach Hax¹⁾ berührt der zweispurige Vertrieb die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems nicht. Zwar dürfe der Markenartikelproduzent seine preisgebundenen Artikel nur an solche Händler liefern, die mit der Preisbindung einverstanden seien; selbstverständlich bleibe ihm jedoch das Recht, für andere von ihm produzierte Erzeugnisse auch die Dienste der Händler in Anspruch zu nehmen, die eine derartige Verpflichtung nicht eingingen. Die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems werde auch dann nicht beeinträchtigt, wenn diese Waren sich von dem preisgebundenen Markenartikel nur unbedeutend oder gar nicht unterschieden; Bedingung sei lediglich, daß sie nicht die gleiche Markierung und Ausstattung wie der preisgebundene Artikel hätten. Da beim zweigleisigen Vertrieb die einzelnen Produktvarianten unterschiedlich markiert seien, berühre diese Absatzmethode die Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems nicht.

Entgegengesetzter Meinung sind Jagenburg²⁾ und Baumbach-Hefermehl³⁾, nach denen die Zweigleisigkeit das Preisbindungssystem regelmäßig lückenhaft macht. "Wird eine Ware gleicher Güte sowohl markiert als Markenware zum Festpreis als auch in erheblichem Umfang ohne Marke oder mit Händlermarke zu einem niedrigeren Preis an den letzten Verbraucher verkauft, so wird dadurch das Preisbindungssystem

1) Vgl. Hax, a.a.O., S. 31.

2) Vgl. Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 1141.

3) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 285 zu § 1 UWG.

regelmäßig lückenhaft."¹⁾

Andere Autoren²⁾ wiederum nehmen eine Zwischenstellung ein. Danach verliere die vertikale Preisbindung ihre Lückenlosigkeit von dem Augenblick an, da die Verbraucherschaft die Doppelgleisigkeit durchschaue. Den über das erste Gleis nur mit dem preisgebundenen Markenartikel belieferten Einzelhändlern sei dann ein Festhalten an der vertikalen Preisbindung nicht mehr zuzumuten, da sie durch die Belieferung anderer Händler mit der billigeren Produktvariante einem unangemessenen Wettbewerbsdruck ausgesetzt würden und in Absatzschwierigkeiten gerieten. Abgestellt wird hier bei der Frage, ob die Lückenlosigkeit der vertikalen Preisbindung durch die Zweispurigkeit tangiert wird, auf den Zeitpunkt des Bekanntwerdens dieser Absatzmethode bei der Verbraucherschaft.

Die zweite Teilfrage, die sich zur Klärung des aufgeworfenen Problems stellt, geht dahin, ob ein solcher die Lückenlosigkeit der Preisbindung berührender zweispuriger Vertrieb außerdem auch eine mißbräuchliche Handhabung der vertikalen Preisbindung i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB darstellt.

Expressis verbis beantworten diese Frage nur Baumbach-Hefermehl³⁾, nach denen der zweispurige Vertrieb regelmäßig zu einer mißbräuchlichen Handhabung der vertikalen Preisbindung führt. Diese Meinung beruht auf der Annahme, daß die Zweispurigkeit das Preisbindungssystem regelmäßig lückenhaft macht.

1) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 285 zu § 1 UWG; in der 9. Aufl., Rdz. 385 zu § 1 UWG, machen Baumbach-Hefermehl insoweit eine Einschränkung, als der zweigleisige Vertrieb das Preisbindungssystem dann lückenhaft mache, "wenn ein nicht unerheblicher Teil des Publikums den zweigleisigen Vertrieb kennt".

2) Vgl. Roidl, BB 1960, S. 1299; Kracht, NJW 1960, S. 1233; Kosiek, a.a.O., S. 189 ff.; Völp, MA 1960, S. 50.

3) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 285 zu § 1 UWG.

In Literatur und Rechtsprechung¹⁾ wird durchwegs die Auffassung vertreten, daß eine bewußt lückenhaft gehaltene Preisbindung auch eine mißbräuchlich gehandhabte Preisbindung sei, die nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB für unwirksam erklärt werden könne.²⁾ Diese Ansicht wird im allgemeinen damit begründet, daß durch die Herbeiführung einer nicht konformen Wettbewerbslage für die Abnehmer des preisgebundenen Markenartikels gegen den Grundsatz der gleichmäßigen und gerechten Behandlung aller Händlerabnehmer verstoßen werde. Das Preisbindungssystem könne somit nicht mehr sachgerecht funktionieren und werde insoweit mißbräuchlich gehandhabt.

a(5/2) Eigene Stellungnahme

Die Antwort auf die Frage, ob der zweigleisige Vertrieb tatsächlich zur Lückenhaftigkeit des Preisbindungssystems führt, erfordert nach Ansicht des Verfassers eine eingehendere Untersuchung. Selbst wenn diese Frage zu bejahen ist, muß es immer noch als zweifelhaft angesehen werden, ob die Durchführung eines durch den zweigleisigen Vertrieb lückenhaft gewordenen Preisbindungssystems eine mißbräuchliche Handhabung der vertikalen Preisbindung i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB darstellt und somit die Kartellbehörde zum Einschreiten berechtigt.

a(5/21) Zweigleisiger Vertrieb und Lückenhaftigkeit des Preisbindungssystems

a(5/211) Der Begriff der Lückenlosigkeit

Zur Klärung des Problems, ob eine vertikale Preisbindung

- 1) Vgl. Droste, Der Betrieb 1958, S. 102; Völp, WRP 1958, S. 356; Lukes, Jus 1962, S. 219; Frankfurter Kommentar, Rdz. 29 und 71 zu § 17 GWB; Rasch/Westrick, a.a.O., Rdz. 5 zu § 17 GWB; Schwartz, im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Rdz. 21 zu § 17 GWB; WuW/E BKartA 3 ff.; WuW/E BKartA 17; WuW/E BKartA 841 f. Zur prozessualen Seite vgl. Dörinkel, MA 1965, S. 743.
- 2) Vorübergehende und lokalisierbare Lücken seien bei einem Massenvertragssystem unvermeidbar und gäben keinen Anlaß zur Aufhebung der Preisbindung. Nur wenn es dem Hersteller nicht gelinge, massiven Unterbietungen im gesamten Marktgebiet Einhalt zu gebieten, könne das BKA die Aufhebung der Preisbindung verfügen.

in ihrer konkreten Ausgestaltung wegen Lückenhaftigkeit mißbräuchlich gehandhabt wird, scheint es zunächst notwendig, den Begriff der Lücke im Recht der vertikalen Preisbindung näher festzulegen.

4 (S. 2111) Der Begriff der Lückenlosigkeit im engeren Sinn

Der Begriff der Lückenlosigkeit im engeren Sinn wird nur danach bestimmt, ob das Preisbindungssystem theoretisch und praktisch alle Abnehmer erfaßt. Die Verpflichtung des Herstellers beschränkt sich hier lediglich darauf, die Preisbindung gleichmäßig ein- und durchzuführen sowie sich selbst an die eigene Preisbindung zu halten.¹⁾

Bei dieser Definition ergibt sich die Lückenlosigkeit einer Preisbindung bereits rein äußerlich aus der objektiv ungleichen Behandlung der Händler beim Vertrieb des preisgebundenen Markenartikels. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn nicht alle mit dem Markenartikel belieferten Händler gebunden werden oder wenn gegen Unterpreisverkäufe nicht oder in unterschiedlichem Maße eingeschritten wird.

4 (S. 2112) Der Begriff der Lückenlosigkeit im weiteren Sinn

Zum Teil wird in der Rechtslehre die Meinung vertreten, daß die äußerliche Gleich- oder Ungleichmäßigkeit allein nicht ausreicht, um über die Lückenhaftigkeit oder Lückenlosigkeit einer Preisbindung ein Urteil abgeben zu können.²⁾ Vielmehr mußten auch subjektive Gesichtspunkte, vor allem die Zumutbarkeit des Festhaltens der gebundenen vertragstreuen Händler an der Preisbindung berücksichtigt werden. Jacob-Steinorth³⁾ weist darauf hin, "daß es der Grundsatz von Treu und Glauben, aus dem sich die im Erfordernis der

1) Vgl. Roidl, BB 1960, S. 1299; Rasch/Westrick, a.a.O., Rdz. 26 ff. zu § 16 GWB mit weiteren Nachweisen; BGH BB 1958, S. 214 ff. = MA 1958, S. 138.

2) Vgl. Volp, Preisbindung für Markenartikel, Münster 1961, S. 106; Kosiek, a.a.O., S. 170; Mestmäcker, WuW 1957, S. 98; Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 55; WuW/E OLG 526; WuW/E BGH 295.

3) Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 55.

Lückenlosigkeit zusammengefaßten Pflichten ergeben, dem Hersteller auch verbietet, die Gruppe der gebundenen Abnehmer an der Preisbindung festzuhalten, falls er sie durch den Verkauf von Produktvarianten einem unangemessenen Wettbewerbsdruck aussetzt".¹⁾

a(5/2113) Eigene Stellungnahme zum Begriff der Lückenlosigkeit

Nach Meinung des Verfassers ist dem Begriff der Lückenlosigkeit im weiteren Sinn aus folgenden Gründen der Vorzug zu geben:

Der Begriff "Lücke" ist eine Zweckschöpfung der Rechtswissenschaft, der geschaffen worden ist, um vertragstreuern Händlern die rechtliche Möglichkeit zu geben, sich von einer nicht mehr zumutbaren Preisbindung zu lösen.²⁾ Wollte man die Lückenlosigkeit nur nach objektiven Kriterien bestimmen, so würde das Problem der Unzumutbarkeit des Festhaltens vertragstreuere Händler an der vertraglichen Bindung erst in einem sekundären Zusammenhang aktuell, nämlich bei der Frage nach den zivilrechtlichen Rechtsfolgen einer objektiv festgestellten Lückenhaftigkeit. Es könnte dann der Fall eintreten, daß trotz einer Lücke im Preisbindungssystem alle Händler weiterhin an die lückenhafte Preisbindung gebunden wären. Diese Möglichkeit wäre z. B. dann gegeben, wenn durch eine objektiv lückenhafte Preisbindung keine ungleiche Wettbewerbslage für die Händler entstünde und ihnen somit ein Festhalten an der vertikalen Preisbindung zugemutet werden könnte. Der Lücke würde durch diese Bewertung eine falsche systematische Bewertung im Recht der vertikalen Preisbindung zugewiesen.

Wenn man den Begriff der Lücke ohne Berücksichtigung subjektiver Gesichtspunkte festlegt, könnten die Händler befürchten, daß in Situationen, in denen ihnen ein Festhalten an der eingegangenen Bindung unzumutbar erscheint, das Vorliegen einer Lücke verneint wird. Viele vorsichtige Händler

1) Zum subjektiven Gesichtspunkt des Bemühens des Herstellers um Aufrechterhaltung seiner vertikalen Pb vgl. Kosiek, a.a.O., S. 171 ff. mit weiteren Nachweisen.

2) Der Begriff der Lücke war bereits vor Entstehung des GWB zivilrechtlich festgelegt.

würden sich deshalb von vorneherein weigern, einen Revers zu unterzeichnen, und die Institution der vertikalen Preisbindung hätte in vielen Fällen nur mehr theoretischen Wert.¹⁾

Diese Ausführungen zeigen, daß es richtiger ist, den Begriff der Lücke nicht allein objektiv, sondern auch danach zu bestimmen, ob den gebundenen Händlerabnehmern unter Wettbewerbsgesichtspunkten ein weiteres Festhalten an der Preisbindung zugemutet werden kann.

Für diese Ansicht spricht ferner, daß es schon aus Gründen der Vertragstreue nicht tragbar ist, wenn ein Hersteller seine Abnehmer verpflichtet, auf eine eigene Preispolitik zu verzichten, und sie dann durch den Verkauf von Produktvarianten einem Wettbewerbsdruck aussetzt, gegen den sie sich nicht wehren können.²⁾

Als Ergebnis ist bis hier festzuhalten, daß die Lückenlosigkeit auch dann verneint werden muß, wenn die vertragstreuen Händler durch den Preisbinder einem unangemessenen Wettbewerbsdruck ausgesetzt werden.³⁾ Bei der Frage nach der Lückenlosigkeit sind auch subjektive Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Entscheidend ist somit, ob im konkreten Einzelfall die gebundenen Händler im Wettbewerb fühlbar benachteiligt werden und ihnen deshalb nicht länger zugemutet werden kann, die vertikale Preisbindung einzuhalten.

a(5/212) Die Lückenlosigkeit der vertikalen Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb

Wenn die Frage untersucht werden soll, ob eine vertikale Preisbindung in ihrer konkreten Ausgestaltung wegen Lücken-

1) Vgl. Kosiek, a.a.O., S. 171 f.

2) Vgl. Mestmäcker, WuW 1957, S. 98; Kühne, Funktionsfähige Konkurrenz, Berlin 1958, S. 161.

3) Daß die gebundenen Abnehmer sich nicht über jeden Wettbewerbsdruck beschweren dürfen, ergibt sich bereits aus § 16 GWB. Ein Festhalten an der vPb ist den Wiederverkäufern preisgebundener MA erst dann nicht mehr zuzumuten, wenn sie einem unverhältnismäßigen Wettbewerbsdruck ausgesetzt werden. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn bei der Preisspaltung die "Zweit-Gleis-Ware" zu einem unverhältnismäßig niedrigeren Preis verkauft wird.

haftigkeit mißbräuchlich ausgenutzt wird, so muß diese zunächst festgestellt werden.

a(5/2121) Gleichmäßige Ein- und Durchführung der vertikalen Preisbindung

Beurteilt man das Problem der Lückenhaftigkeit der vertikalen Preisbindung allein nach der Tatsache ungleicher Ein- oder Durchführung, so liegt im Normalfall beim zweigleisigen Vertrieb kein lückenhaftes Preisbindungssystem vor.

Der zweispurig fahrende Markenartikelhersteller setzt nur einen Teil seiner Produktion als preisgebundenen Markenartikel ab. Für diesen Teil der Produktion wird die Preisbindung gleichmäßig ein- und durchgeführt, was bedeutet, daß das Bindungssystem in sich gedanklich und praktisch lückenlos ist. Da alle Markenartikelabnehmer zur Einhaltung des vom Produzenten festgesetzten MA-Preises vertraglich verpflichtet sind, liegt bezüglich des gebundenen Markenartikels überhaupt keine ungleiche Behandlung der mit dem MA belieferten Händler vor. Insoweit wird auch durch den zweigleisigen Vertrieb die Wettbewerbslage zwischen den gebundenen Händlern nicht verzerrt.

Der restliche Teil der Produktion wird in anderer Aufmachung und ohne Preisbindung vertrieben. Da die über die verschiedenen Gleise abgesetzten Waren in der Vorstellung der Verbraucherschaft weder identisch noch gleichwertig sind, können die Preisunterschiede zwischen den einzelnen Produktvarianten nicht dazu führen, hier eine objektiv lückenhafte Preisbindung anzunehmen.

Aus diesen Ausführungen jedoch einen definitiven Schluß auf die Lückenlosigkeit der vertikalen Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb ziehen zu wollen, wäre voreilig und - wie die folgenden Ausführungen zeigen werden - auch falsch.

a(5/2122) Der Gesichtspunkt der ungleichen Wettbewerbslage

Da die Lückenlosigkeit eines Preisbindungssystems nicht

allein nach der objektiven Ungleichmäßigkeit beurteilt werden kann, darf aus der äußerlich gleichen Ein- und Durchführung der vertikalen Preisbindung nicht von vorneherein die Möglichkeit einer lückenhaften Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb ausgeschlossen werden. Von entscheidender Bedeutung ist hier der Gesichtspunkt der Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferenebene. Werden die gebundenen Händler im Wettbewerb mit den Abnehmern der über das zweite Gleis vertriebenen Ware spürbar benachteiligt, und ist ihnen deswegen ein Festhalten an der vertikalen Preisbindung nicht mehr zuzumuten, so ist die Lückenlosigkeit der Preisbindung nicht mehr gegeben. Von höchster Bedeutung ist also die Frage, ob die Zweigleisigkeit zu einer ungleichen Wettbewerbslage zwischen den gebundenen Händlern einerseits und den freien andererseits führt.

a(5/21221) Voraussetzungen für eine Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferenebene

a(5/212211) Getrennte Absatzwege

Eine ungleiche Wettbewerbslage unter den abnehmenden Wiederverkäufern kann grundsätzlich nur dann herbeigeführt werden, wenn ein Unternehmer die einzelnen Produktvarianten über getrennte Absatzkanäle vertreibt. Die Gefahr einer Verfälschung der Wettbewerbslage ist somit von vorneherein dann nicht gegeben, wenn der zweigleisig vertreibende Hersteller seine aus der gleichen Produktion stammenden Waren allen potentiellen Abnehmern zu den gleichen Bedingungen anbietet. Können alle interessierten Händler die einzelnen Ausführungen in ihr Sortiment aufnehmen, so kann selbst bei unverhältnismäßigen Preisunterschieden zwischen den Produktvarianten von seiten der Wiederverkäufer nicht von ungleicher Wettbewerbslage die Rede sein. Ein unzumutbares Festhalten an der vertikalen Preisbindung liegt hier nicht vor.

Das Problem der Lückenhaftigkeit kann in diesem Zusammenhang nur aktuell werden, wenn der Unternehmer seine Produktvarianten über getrennte Absatzkanäle vertreibt, wie es im allgemeinen beim zweigleisigen Vertrieb der Fall ist.¹⁾ Hier wird zusätzlich zur Spaltung der Produktion eine Spaltung der Absatzwege vorgenommen, so daß der preisgebundene Markenartikel und die "Zweit-Gleis-Ware" nicht vom gleichen Händler geführt werden.

a(5/212212) Einheitlicher Markt

Eine weitere Voraussetzung für das Bestehen einer ungleichen Wettbewerbslage ist die, daß die unterschiedlich markierten Waren beim zweigleisigen Vertrieb im regional gleichen Marktgebiet erhältlich sind.

Werden mit den einzelnen Produktvarianten jeweils unterschiedliche, regional scharf abgegrenzte Teilmärkte beliefert und ist eine Kommunikation zwischen diesen ausgeschlossen, dann können die Händler des teureren preisgebundenen Markenartikels nicht mit einer ungleichen Wettbewerbslage, einem unzumutbaren Festhalten an der vertikalen Preisbindung und daraus gefolgelter Lückenhaftigkeit des Preisbindungssystems argumentieren, denn sie verlieren durch den Absatz der nicht preisgebundenen Ausführung in einem anderen Marktgebiet keine Abnehmer.

a(5/21222) Ungleiche Wettbewerbslage auf der Wiederverkäufererebene vor Bekanntwerden des zweigleisigen Vertriebs bei der Verbraucherschaft

Geht man vom Begriff der Lückenlosigkeit im weiteren Sinn aus, so nimmt die Zweigleisigkeit einem Preisbindungssystem die Durchsetzbarkeit, wenn die Wettbewerbslage auf der Wiederverkäufererebene verzerrt wird und den die preisgebundenen MA vertreibenden Händlern ein Festhalten an der vertikalen Preisbindung nicht mehr zugemutet werden kann.

Betrachtet man beim zweigleisigen Vertrieb die Preisbindung

1) Vgl. Völz, Preisbindung für Markenartikel, S. 114.

für sich allein, so läßt sich keine ungleiche Wettbewerbslage zwischen den gebundenen Händlern feststellen, da keiner aus Preiserwägungen vom Verbraucher vorgezogen wird. Stellt man aber den gesamten vom zweigleisig vertreibenden Hersteller bearbeiteten Markt in den Mittelpunkt der Betrachtung, so ändert sich das Bild, da zwischen den einzelnen Produktvarianten Preisunterschiede bestehen.

Aus einer Preisdifferenz zwischen preisgebundenem MA und der über das zweite Gleis abgesetzten Ware kann jedoch nicht zwingend auf eine Benachteiligung der gebundenen Abnehmer geschlossen werden, denn die unterschiedlich markierten Waren besitzen - wie bereits mehrfach angedeutet - unterschiedliche Wiederverkaufswerte. Eine Verfälschung der Wettbewerbslage vor Bekanntwerden der Zweispurigkeit bei der Verbraucherschaft liegt erst dann vor, wenn die Preisdifferenzen der Fabrikabgabepreise größer sind als die gegenüber den einzelnen Produktvarianten bestehenden Verbraucherpräferenzen. Unverhältnismäßige Preisunterschiede zwischen den unterschiedlich markierten Waren führen, selbst in einer Situation, in der das Publikum noch keine Kenntnis von der Zweigleisigkeit hat, zu Absatzschwierigkeiten der nur mit der teureren Ausführung belieferten Händler, die ein weiteres Festhalten an der Preisbindung als unzumutbar erscheinen lassen.¹⁾

Dieser Wettbewerbsnachteil des im Verhältnis teurer einkaufenden Händlers wird noch durch die Preisbindung potenziert, da ihn diese daran hindert, den Wettbewerbsvorsprung der Mitbewerber durch eine Senkung der Verdienstspanne zu verringern.²⁾

Bei der Prüfung, ob ein Preisunterschied zwischen den Produktvarianten bei der Preisspaltung nur die unterschiedlichen Verbraucherpräferenzen reflektiert oder ob eine

1) Sind - was jedoch nur selten beim zweigleisigen Vertrieb der Fall ist - die einzelnen Produktvarianten in den Augen der Verbraucher vollkommen gleichwertig, so führen bereits absolute Preisdifferenzen zu einer Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferebene.

2) Zu Recht weist Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 56, darauf hin, daß beim eingleisigen Vertrieb die Folgen unterschiedlicher Fabrikabgabepreise durch die Preisbindung gemildert werden, da auch der günstiger einkaufende Händler die Ware zum selben Preis abgeben muß.

echte Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferenebene zu Ungunsten der gebundenen Abnehmer vorliegt, geht man zweckmäßigerweise von einem Vergleich des Preises der über das zweite Gleis abgesetzten Ware mit ähnlichen im Markt befindlichen Produkten aus. Ergibt sich dabei, daß der Preis der anonymen Ware des zweigleisig vertreibenden Herstellers erheblich niedriger ist als der vergleichbarer Waren anderer Hersteller, so setzt der betreffende Unternehmer die Abnehmer des preisgebundenen Markenartikels durch die billigere Produktvariante einem unverhältnismäßigen Wettbewerbsdruck aus.

Liegt der Preis der über das zweite Gleis abgesetzten Ware etwa in gleicher Höhe wie das Preisniveau vergleichbarer Waren anderer Hersteller und ist andererseits die Differenz zum gebundenen Preis des Markenartikels größer als der bestehende Reflex der Verbraucherpräferenzen, so wird der Abnehmer des preisgebundenen Markenartikels durch die erheblich billigere Produktvariante, selbst wenn er mit ihr nicht beliefert wird, keinem unverhältnismäßigen Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Er kann auf die vergleichbaren anonymen Waren anderer Hersteller ausweichen.

Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn kein der "Zweit-Gleis-Ware" vergleichbares Produkt im Markt ist. Hier muß mit Hilfe detaillierter Marktuntersuchungen geprüft werden, ob die Preisunterschiede den unterschiedlichen Verbraucherpräferenzen entsprechen. Ist dies zwar der Fall, geben die nicht gebundenen Abnehmer aber ihrerseits ihren Kunden einen Teil der Handelsspanne weiter, so erleiden die gebundenen Händler einen Nachteil, da ihnen dies auf Grund der Preisbindungsverpflichtung nicht möglich ist.¹⁾

Abzulehnen ist die Ansicht²⁾, der zweispurige Vertrieb könne erst dann zu einer Verzerrung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferenebene führen, wenn er dem Publikum bekannt geworden sei. Diese Auffassung wird damit begründet, daß die Käufer, solange sie die technische Identität der unterschiedlichen Ausführungen nicht erkannt hätten

1) Vgl. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 57.

2) Vgl. Völp, Preisbindung für Markenartikel, S. 113; Roidl, BB 1960, S. 1299; Kosiek, a.a.O., S. 190 f.

und auf Qualität Wert legten, die markierte Ausführung in dem Glauben kauften, die Markierung kennzeichne die einmalige Güte. Komme es dem Verbraucher nicht auf besondere Qualität an, so gebe er vernünftigerweise der billigeren markenfreien Ausführung den Vorzug. Keiner der Händler ziehe daher aus Preisgesichtspunkten dem Mitbewerber die Kundschaft weg. Gebundener und freier Händler hätten vielmehr bestimmte voneinander getrennte Kundenzirkel. Dem gebundenen Händler sei deshalb, solange der Verbraucherschaft die Zweigleisigkeit nicht bekannt sei, ein Festhalten an der vertikalen Preisbindung auch dann weiterhin zuzumuten, wenn die Preisunterschiede zwischen den Produktvarianten unverhältnismäßig groß seien.

Kritisch betrachtet lassen diese Ausführungen unberücksichtigt, daß die einzelnen Produktvarianten das gleiche Bedürfnis - wenn auch in unterschiedlicher Intensität - zu befriedigen vermögen und untereinander in Substitutionskonkurrenz stehen. Jede Preisänderung bei einem Artikel löst eine entsprechende Veränderung der Nachfrage nach dem anderen aus (Kreuzpreiselastizität). Zu Recht führt deshalb Mestmäcker¹⁾ aus: "Die stets benutzte Ausflucht, es handele sich um getrennte Märkte, um verschiedene Güter, um andere Qualitäten, um Nichtmarkenwaren hilft den benachteiligten Abnehmern nicht: sie verlieren Umsatz ohne sich der Konkurrenz erwehren zu können."

Eine Verfälschung der Wettbewerbslage und eine Lückenhaftigkeit des Preisbindungssystems kann nicht geltend gemacht werden, wenn ein Hersteller anonymer Waren sein Produkt zu einem extrem niedrigeren Preis auf den Markt bringt und damit dem preisgebundenen Markenartikel Konkurrenz macht. Dies gilt selbst dann, wenn der Hersteller der billigeren nicht markierten Ware die den preisgebundenen Markenartikel führenden Fachgeschäfte nicht beliefert²⁾. Mit der Preiskonkurrenz gleichartiger Waren anderer Hersteller muß der Händler immer rechnen, da eine vertikale Preisbindung erst dann zulässig ist, wenn Konkurrenz

1) Mestmäcker, WuW 1957, S. 96.

2) Vgl. aber § 26, II GWB.

besteht. Dieser Wettbewerb ist im Wirtschaftsleben immer wieder zu beobachten und jedem Händler wettbewerbsrechtlich zuzumuten. Für die Frage der Lückenlosigkeit der vertikalen Preisbindung bei der Zweispurigkeit ist nur die Wettbewerbslage beim Absatz der unterschiedlich markierten Teile der Produktion relevant. Das Konkurrenzverhältnis des gebundenen Markenartikels zu Waren anderer Hersteller ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

a_(5/21223) Ungleiche Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferebene nach Bekanntwerden des zweigleisigen Vertriebs bei der Verbraucherschaft

Solange die Zweispurigkeit der Verbraucherschaft nicht bekannt ist und die Preisunterschiede nur einen Reflex der bestehenden Verbraucherpräferenzen darstellen, führt der zweigleisige Vertrieb von Waren auf getrennten Absatzwegen zu keiner Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferebene.

Diese Situation ändert sich jedoch meist schlagartig, sobald der Verbraucher die Doppelgleisigkeit durchschaut und die unterschiedlich markierten Ausführungen als technisch-qualitativ gleichwertige Erzeugnisse erkennt. Von diesem Zeitpunkt an wird oft ein Teil der bisherigen Markenartikelkäufer zur billigeren Ware abwandern. Die gebundenen Händler können dann die markierte Ausführung nicht mehr im gleichen Umfang wie bisher zu dem höheren gebundenen Preis absetzen.

Falsch ist m. E. die Behauptung¹⁾, daß bereits jede, auch noch so geringe Preisdifferenz zwischen Markenartikel und Nicht-Markenartikel den Absatz des ersteren gefährden könne, sofern nur der Verbraucher den zweispurigen Vertrieb durchschaue. Immer ist es nur der bekannte Markenartikel, der einen Zusatznutzen zu stiften vermag. Andererseits wird bei völliger Preisgleichheit kaum jemand die anonyme Ware dem Markenartikel vorziehen. Zu beachten ist ferner, daß nicht jedes Bekanntwerden der Zweigleisigkeit

1) Diese Ansicht vertritt Kosiek, a.a.O., S. 191.

- selbst wenn erhebliche Preisunterschiede zwischen den einzelnen Produktvarianten bestehen - zu Absatzschwierigkeiten des gebundenen Händlers führt. Diese Sachlage ist dann gegeben, wenn der teurere preisgebundene Markenartikel ausschließlich des Geltungsnutzens wegen gekauft wird.

Nur wenn das Bekanntwerden der Zweispurigkeit zu Absatzschwierigkeiten der gebundenen Händlerabnehmer führt, ist diesen ein weiteres Festhalten an der vertikalen Preisbindung nicht länger zuzumuten.

Als weiteres Zwischenergebnis steht somit fest: der zweigleisige Vertrieb führt zur Lückenhaftigkeit des Preisbindungssystems, wenn die gebundenen Wiederverkäufer durch die im gleichen Markt, aber über getrennte Absatzkanäle vertriebene Produktvariante einem unangemessenen Wettbewerbsdruck ausgesetzt werden und ihnen deshalb ein weiteres Festhalten an der vertikalen Preisbindung nicht zugemutet werden kann. Dies trifft dann zu, wenn vor dem Bekanntwerden der Zweispurigkeit in der Öffentlichkeit die Preisdifferenz größer ist als der Reflex der Wiederverkaufswerte und gleichzeitig keine Ausweichmöglichkeit auf gleich billige anonyme Waren anderer Hersteller besteht oder wenn das Bekanntwerden der Doppelgleisigkeit zu Absatzschwierigkeiten der gebundenen Händler führt. Hier wird trotz der gleichmäßigen Ein- und Durchführung der vertikalen Preisbindung beim Markenartikel das Preisbindungssystem lückenhaft; irrelevant ist dabei, daß innerhalb der vertikalen Preisbindung selbst keine Unterschiede bestehen. Entscheidend ist allein der Tatbestand, daß die gebundenen Händler wegen der durch den zweigleisigen Vertrieb herbeigeführten Verzerrung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäufersebene nicht länger an der Preisbindung festgehalten werden dürfen.

a(5/22) Die lückenhafte vertikale Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb als mißbräuchlich gehandhabte Preisbindung (§ 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB)

Die Frage, die sich an die Ausführungen des vorhergehenden

Abschnitts anschließt, ist die, ob eine derartige lückenhafte Preisbindung eine mißbräuchliche Handhabung der Preisbindung i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB darstellt und die Kartellbehörde zum Einschreiten berechtigt.¹⁾

a(5/221) Die Notwendigkeit eines Einschreitens der Kartellbehörde

Verfehlt wäre es, sich auf den Standpunkt zu stellen, ein Einschreiten der Kartellbehörde nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB sei nicht nötig, da bei Lückenhaftigkeit der Preisbindung diese vom gebundenen Händler nicht eingehalten werden müsse. Wenn alle gebundenen Händler die Lückenhaftigkeit geltend machten - die zivilrechtlichen Ansprüche betreffen immer nur den einzelnen konkreten Preisbindungsvertrag - bräche allerdings praktisch das gesamte Bindungssystem zusammen. Da aber kaum alle gebundenen Händler dies tun (z.B. aus Angst, den Markenartikelproduzenten als Lieferanten zu verlieren, oder aus Scheu vor den Kosten und Widrigkeiten eines Verfahrens), sondern sich trotz der Lückenhaftigkeit des Systems weiterhin an den Preisbindungsvertrag halten, schafft ein Einschreiten der Kartellbehörde und eine Unwirksamkeitserklärung der vertikalen Preisbindung klare Verhältnisse. Ferner ist zu beachten, daß das Urteil im Zivilprozeß nur Rechtskraft inter partes hat, während die Unwirksamkeitserklärung durch die Kartellbehörde unmittelbar gegenüber allen an der vertikalen Preisbindung Beteiligten und Dritten wirkt²⁾ und ihre Befolgung durch § 38, I, Ziff. 2 und 4 GWB sichergestellt ist.

Die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde gem. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB bei einem lückenhaften Preisbindungssystem ist also wegen der zivilrechtlichen Behelfe, die

1) Das Problem der Lückenhaftigkeit einer vertikalen Preisbindung wird vor allem im Zivilrecht behandelt (vgl. unten, S.214f). Hier geht es jedoch nicht um die zivilrechtlichen Folgen der Lückenhaftigkeit, sondern um die mißbräuchliche Handhabung im Rahmen des Kartellrechts.

2) Vgl. Schwartz, im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Rdz. 6 zu § 17 GWB.

den Beteiligten zustehen, nicht überflüssig. Der Begriff der Lücke besitzt insoweit eine selbständige kartellrechtliche Bedeutung.

a(5/222) Beanstandung der lückenhaften Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB

Die durch den zweigleisigen Vertrieb lückenhaft gewordene vertikale Preisbindung ist dann als mißbräuchlich gehandelt anzusehen, wenn sie in ihrer konkreten Ausgestaltung Sinn und Zweck der gesetzlichen Freistellung des § 16 GWB widerspricht, die darin liegen, einen positiven Beitrag zum Schutz der individuellen Marke zu leisten.¹⁾ Nur in diesem Sinn darf die vertikale Preisbindung eingesetzt werden, nicht aber zur Erreichung irgendwelcher Ziele im Konkurrenzkampf. Dem Preisbinder ist auch eine Verletzung seiner eigenen Interessen nicht gestattet.²⁾

a(5/2221) Verärgerung der gebundenen Händler

Die Wertschätzung, die das Publikum einer Marke entgegenbringt, hängt in hohem Maße auch von der Einstellung des gebundenen Händlers zum Markenartikel ab, d. h. davon, wie er ihn vertreibt, wie er ihn dem Verbraucher gegenüber empfiehlt.

Bringt der zweiseitige Vertrieb die gebundenen Händler in unangemessene Absatzschwierigkeiten, die durch die vertikale Preisbindung noch verstärkt werden, so ist jenen ein Festhalten an der Preisbindung nicht mehr zuzumuten. Das Preisbindungssystem wird lückenhaft und der Händler kann sich von ihr befreien. Da er aber häufig vor den damit verbundenen Unannehmlichkeiten zurückschreckt und der Hersteller seine Preisbindung nicht freiwillig aufhebt, werden die betreffenden Händler den preisgebundenen Markenartikel trotz der Lückenhaftigkeit des Bindungssystems oft weiterhin nur zum gebundenen Preis absetzen, ohne

1) Vgl. oben, S. 82 f.

2) Vgl. oben, S. 83.

der Marke noch ein besonderes Interesse entgegenzubringen. In vielen Fällen werden die Fachhändler aus Verärgerung über die Geschäftspraktiken des Herstellers den betreffenden Markenartikel ganz aus ihrem Sortiment herausnehmen und auch zu einem späteren Zeitpunkt für den Vertrieb dieser Ware nicht mehr zu gewinnen sein, selbst wenn dann der zweigleisige Vertrieb eingestellt oder durch Herabsetzung des Markenpreises die ungleiche Wettbewerbslage beseitigt ist.

a(5/2222) Verärgerung der Verbraucher

Das Festhalten an der durch den zweigleisigen Vertrieb lückenhaft gewordenen Preisbindung führt aber nicht nur zu einer Verärgerung der gebundenen Händlerschaft, sondern bringt auch Nachteile für die Wertschätzung der Marke durch einen Teil der Verbraucherschaft. Vor allem der wirtschaftlich nicht aufgeschlossene Verbraucher, der sich vom höheren Preis eine höhere technische Qualität versprach, sieht sich durch die Preisspaltung getäuscht und wird durch ein Festhalten an der nunmehr lückenhaften Preisbindung verärgert. Sofern keine Revision des Preises vorgenommen wird, ist er nicht mehr bereit, den Markenartikel zu kaufen.

Daneben verliert die Marke bei einem Festhalten an der lückenhaften Preisbindung noch aus einem anderen wichtigeren Grund für die Verbraucherschaft an Wert. Sie kann bei einer derartigen Anwendung des zweigleisigen Vertriebs nicht mehr auf die Einheitlichkeit des gebundenen Preises vertrauen, da die Preisbindung lückenhaft wird und damit nicht nur für die "Zweit-Gleis-Ware", sondern auch für den Markenartikel unterschiedliche Preise bestehen. Der Wunsch des Verbrauchers, nicht erst die billigste Einkaufsstätte suchen zu müssen, wird mißachtet. Wird die durch den zweigleisigen Vertrieb lückenhaft gewordene Preisbindung beibehalten, so werden die Verbraucher, die den Markenartikel noch zum gebundenen Preis kaufen, getäuscht und damit benachteiligt. Würde nicht durch die Beibehaltung der Preisbindung die in diesem Fall unzutreffende Vorstellung von

dem überall gleichen Markenartikelpreis aufrechterhalten, so würden auch die MA-Käufer nicht darauf verzichten, sich genau über die Marktlage zu informieren und das günstigste Angebot, d. h. die billigste Einkaufsstätte für den Markenartikel zu ermitteln. Im Vergleich zu einem Verbraucher, der von einem sich nicht mehr an die Preisbindung haltenden Händler kauft, ist der Verbraucher benachteiligt, der sich von dem durch die immer noch beibehaltene Preisbindung ausgehenden Schein täuschen läßt und den Markenartikel zum gebundenen Preis erwirbt. In dieser Situation werden sich viele Konsumenten einem anderen gleichartigen MA zuwenden, dessen Preisbindungssystem lückenlos ist. Durch das Fehlen der Einheitlichkeit der gebundenen Preise wird der Absatz des betreffenden Markenartikels gefährdet und damit gleichzeitig der Wert der Marke bedroht.

Sowohl bei der Verbraucherschaft als auch beim gebundenen Händler macht der zweigleisig vertreibende Hersteller seine Marke unbeliebt, wenn er an der durch diese Absatzmethode lückenhaft gewordenen Preisbindung festhält.¹⁾ Die vertikale Preisbindung trägt in dieser lückenhaften Durchführung nicht dazu bei, den auf der Einheitlichkeit des Preises beruhenden Wert der Marke zu sichern, sondern wirkt sich negativ auf den Ruf des Markenartikels aus. Eine solche vertikale Preisbindung, die in ihrer Durchführung nicht den auf die Erhaltung des individuellen Markenwertes gerichteten Schutzzweck der Verbotsausnahme des § 16 GWB erfüllt, sondern durch das Verhalten des preisbindenden Herstellers eben diesen Gesetzeszweck gefährdet, kann nicht gebilligt werden und ist als mißbräuchlich gehandhabt anzusehen. Sie kann nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB für unwirksam erklärt werden.²⁾

a(5/3) Ergebnis

Nach der hier vertretenen Auffassung kann der Begriff der Lückenlosigkeit der Preisbindung nicht allein nach objek-

1) Vgl. Benisch, WuW 1967, S. 139; WuW/E B Kart A 842; Der Betrieb 1964, S. 910; GRUR 1966, S. 582 f.; Martino, MA 1966, S. 542.

2) Gl.A. Kosiek, a.a.O., S. 194; vgl. dazu ausführlich S. 82 f.

tiven Gesichtspunkten bestimmt werden. Entscheidende Bedeutung kommt vielmehr der Frage der Zumutbarkeit des Festhaltens vertragstreuer Händler an der vertikalen Preisbindung zu.

Unter diesem Aspekt wird das Preisbindungssystem beim zweigleisigen Vertrieb lückenhaft, wenn den nur mit dem preisgebundenen MA belieferten Händlern aus Wettbewerbsgründen ein weiteres Festhalten an der vertikalen Preisbindung nicht mehr zugemutet werden kann.

Eine derart lückenhafte Preisbindung trägt dazu bei, den Ruf der betreffenden Marke zu schädigen, anstatt den Wert der Marke entsprechend dem Sinn des GWB zu sichern. Daher wird diese Preisbindung mißbräuchlich gehandhabt und kann vom BKA nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB für unwirksam erklärt werden.

a₍₆₎ Zweigleisiger Vertrieb und übermäßige Wettbewerbsbeschränkung

Geht man davon aus, daß der Sinn jeder Einzelvorschrift eines Gesetzes mit der Zielsetzung des Gesetzes als solcher übereinstimmt, da zwischen beiden ein enger innerer Zusammenhang besteht, und bezeichnet man den Mißbrauch als einen objektiv sinnwidrigen Gebrauch ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden, so läßt sich daraus die Folgerung ziehen, daß eine mißbräuchlich gehandhabte Preisbindung i.S.d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB nicht nur dann vorliegt, wenn sie nicht mit dem Sinn der Freistellung des § 16 GWB kompatibel ist, sondern auch dann, wenn sie in ihrer konkreten Ausgestaltung der Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zuwiderläuft¹⁾, d. h. wenn sie den Wettbewerb über das mit ihrer Durchführung notwendige Maß hinaus beschränkt.²⁾

Jede Preisbindung führt naturgemäß zu einer Beeinträchtigung der Flexibilität der Preise und damit auch des Preiswettbewerbs, da die im Preis gebundenen Unternehmen auf

1) Vgl. Christl, BB 1960, S. 297 ff. und WRP 1962, S. 351.

2) Vgl. derselbe, BB 1960, S. 300.

den nachfolgenden Wirtschaftsstufen in unterschiedlicher Intensität daran gehindert werden, sich im Preis den wechselnden Angebots- und Nachfrageverhältnissen anzupassen. Trotz dieser negativen Wirkung auf den Preiswettbewerb ist die Preisbindung gem. § 16 GWB unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen. Jedoch will der Gesetzgeber keine bedingungslose Inanspruchnahme der Ausnahmevorschrift des § 16 GWB erlauben, sondern sie auf die Fälle beschränken, in denen trotz Preisbindung noch ein wirksamer Preiswettbewerb auf dem betreffenden Markt gegeben ist und die Preisbindung nicht zu nachteiligen Markt- bzw. Preisverhältnissen führt.¹⁾

Da die vertikale Preisbindung nur ausnahmsweise zugelassen ist (§§ 15, 16 GWB), müssen strenge Maßstäbe bei der Mißbrauchsprüfung angelegt werden.

Die Frage, die sich hier nun stellt, geht dahin, ob die Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb mit den Zielsetzungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vereinbar ist.

Entsprechend der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen²⁾ "stellt es eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar. Es soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt."

Der Wettbewerb, und hier wiederum vor allem der Preiswettbewerb, erfüllt im Rahmen unserer nach marktwirtschaftlichen Prinzipien aufgebauten Volkswirtschaft bedeutende Funktionen. Vereinfachend läßt sich sagen, daß der Preis als monetäres Äquivalent für empfangene Güter und Dienstleistungen das Wettbewerbsmittel ist, das eine Marktwirtschaft am wirksamsten zu steuern vermag (Ausgleich von

1) Vgl. Tetzner, Kartellrecht, S. 111; Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 4 zu § 17 GWB.

2) Begründung zum Regierungsentwurf, in: BT-Drucks., 2. Wahlperiode, Nr. 1158, S. 15.

Angebot und Nachfrage, leistungsgerechte Einkommensverteilung, Steuerung von Erzeugung und Absatz).

a_(6/1) Der zweigleisige Vertrieb als Ablenkungsfaktor einer wettbewerbsgesteuerten Einkommensverteilung

Unter diesem Aspekt untersucht Christl¹⁾ die vertikale Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb. Der Autor unterstellt, der Verbraucher gehe grundsätzlich davon aus, daß verschiedene Preise Ausdruck gewisser Verschiedenheiten in der technischen Qualität seien. Erst diese Vorstellung ermögliche eine Preisspaltung. Bestünde bezüglich der Warenkennzeichnung und Warenqualität hinreichende Marktübersicht, so würde der vernünftig handelnde Verbraucher nur das Produkt mit dem niedrigeren Preis beziehen. Die Ware mit dem höheren Preis ließe sich nicht mehr absetzen.

Dem Markenartikelhersteller, der das Preis-Qualitätsdenken des Verbrauchers kenne, würde es durch die Preisbindung ermöglicht, "einen höheren Preis zu erzielen, als im Hinblick auf den Umfang des Gesamtangebotes dieser Ware und die Marktverhältnisse ohne Preisbindung möglich wäre. Damit führt die Preisspaltung ... zu einer anderen als wettbewerbsgesteuerten Einkommensverteilung."²⁾ Der Verbraucher, der in Unkenntnis der tatsächlichen Verhältnisse den preisgebundenen Markenartikel kaufe, müsse einen höheren Preis als den marktwirtschaftlich gerechtfertigten zahlen, während der preisbindende Unternehmer einen höheren Preis und damit ipso jure günstigere Einkommensverhältnisse als ohne Preisbindung erziele. Ein derartiger Gebrauch der Preisbindung widerspreche der Zielsetzung des Gesetzes und sei deshalb ein Mißbrauch i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2, GWB.

In konsequenter Verfolgung des oben dargelegten Gedankenganges³⁾ muß kritisch zu der Ansicht Christls gesagt werden, daß sie zu allgemein gehalten ist. Wenn, wie ausge-

1) Vgl. Christl, BB 1960, S. 300.

2) Christl, BB 1960, S. 301.

3) Vgl. oben, S. 87 ff.

führt, der zweigleisige Vertrieb nicht generell zu einer Täuschung der Verbraucherschaft in ihrer Gesamtheit führt, so kann die Preisspaltung auch nicht generell als Ablenkungsfaktor einer wettbewerbsgesteuerten Einkommensverteilung angesehen werden. Abzustellen ist vielmehr immer auf den Einzelfall.

a(6/2) Gefährdung eines funktionsfähigen und leistungsgerechten Wettbewerbs

Die Motive der Anwendung eines zweigleisigen Vertriebssystems sind vielfältig und unterschiedlich. Die Doppelgleisigkeit, ursprünglich als Verteidigungsmittel in Zeiten der Absatzkrise angewandt, kann als wirksames Instrument zur Eliminierung der Konkurrenten aus dem Markt in der Weise eingesetzt werden, daß für den preisfreien Teil des Angebots weit unter den allgemeinen Marktpreisen liegende Preise eingeräumt werden, die auch unter dem Aspekt des "direct-costing" echte Verlustpreise sind. Verluste bei der preisfreien Ware werden einerseits z. T. durch die Gewinne aus dem Verkauf des preisgebundenen Markenartikels kompensiert¹⁾, andererseits in der Hoffnung hingenommen, sie nach Eliminierung der Mitbewerber wieder auszugleichen. Es ist leicht zu erkennen, daß ein derartiges, allein auf die Verdrängung der Mitbewerber gerichtetes Verhalten einen Mißbrauch des Rechts auf Wettbewerbsfreiheit darstellt.²⁾³⁾

Zu Recht weist das BKA darauf hin,⁴⁾ daß die Preisschleuderei eines Herstellers seine Mitbewerber zwingt, ihm auf diesem Weg zu folgen. Die Produzenten werden sich in dem Bestreben, die Gunst des Verbrauchers nicht zu verlieren, gegenseitig unterbieten. Dies kann soweit gehen, daß alle

1) Vgl. Völp, MA 1960, S. 47 ff.; BKA, Der Betrieb 1963, S. 585.

2) Der über das zweite Gleis als Kampfsartikel abgesetzte Teil der Produktion soll in diesem Fall die renommierte Marke vom Odium der Schleuderpreise freihalten.

3) Die Tatsache, daß der zweigleisig vertreibende Hersteller seinem eigenen MA Konkurrenz macht, spricht m. E. nicht gegen die Verdrängungsabsicht.

4) Vgl. BKA, Der Betrieb 1963, S. 585.

oder wenigstens alle schwächeren Mitbewerber aus dem Markt verdrängt werden.¹⁾

Die Preisbindung beim Markenartikel, die eine Kompensation der Verluste bei der preisfreien Ware ermöglicht, führt schließlich dazu, daß der "Bestand eines funktionsfähigen und leistungsgerechten Wettbewerbs" gefährdet oder vernichtet wird. Gerade diesen zu erhalten und ihn dort zu realisieren, wo er noch nicht den gewünschten Umfang aufweist, ist das Ziel des GWB. Eine aus dem oben genannten Motiv durchgeführte Preisbindung läuft somit dem Sinn des GWB zuwider und ist deshalb als mißbräuchlich gehandhabt i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB anzusehen.

a(6/3) Ergebnis

Ein Mißbrauch der Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb kann nur dann mit einer übermäßigen Wettbewerbsbeschränkung und einer Mißachtung der Zielsetzung des GWB begründet werden, wenn sich die Preisspaltung nach einer im Einzelfall vorzunehmenden Untersuchung als Ablenkungsfaktor einer wettbewerbsgesteuerten Einkommensverteilung darstellt oder wenn sie bewußt zur Vernichtung der Mitbewerber eingesetzt wird und damit den freien Wettbewerb überhaupt gefährdet.

b) Zweigleisiger Vertrieb und gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigte Preisbindung (§ 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB)

Die Möglichkeit eines Vorgehens der Kartellbehörde nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB schließt nicht aus, daß bei derselben Preisbindung gleichzeitig auch die Voraussetzungen für eine Unwirksamkeitserklärung nach Ziff. 1 und/oder Ziff. 3 vorliegen. Obwohl die Ziff. 2 durch das Kriterium des Mißbrauchs den Charakter einer General-

1) Naturgemäß werden von einer derartigen Preisschleuderei die Mitbewerber auf dem anonymen Markt stärker betroffen als etwaige konkurrierende MA-Unternehmen.

klausel angenommen hat, können alle in § 17, I GWB angeführten Gründe für ein Einschreiten der Kartellbehörde nebeneinander zur Anwendung kommen.¹⁾

Der Mißbrauchstatbestand des § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB ist alternativ den konkreten Eingriffsvoraussetzungen der Ziff. 1 und 3 gegenübergestellt. Die Aufgabe des Mißbrauchskriteriums als Generalklausel würde somit verkannt, wenn etwa die Bindung marktnonkonformer Preise unter Ziff. 2 subsumiert würde, obwohl Ziff. 3 sie erfaßt. Der Gesetzgeber hat an dieser Stelle der Generalklausel nur wenig Raum gelassen.²⁾

Gem. § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB kann eine vertikale Preisbindung für unwirksam erklärt werden, wenn "sie geeignet ist, in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise die gebundenen Waren zu verteuern oder ein Sinken ihrer Preise zu verhindern oder ihre Erzeugung oder ihren Absatz zu beschränken".

Von Bedeutung im Zusammenhang mit dem zweigleisigen Vertrieb ist die zweite Alternative dieser Vorschrift.

Da bei der Preisspaltung der markierte und preisgebundene Teil der Produktion teurer verkauft wird als der preisfreie, erhebt sich die berechtigte Frage, ob der Preis der über das erste Gleis vertriebenen Ware durch die Preisbindung auf einem nicht mehr gerechtfertigten - weil zu hohem - Niveau gehalten wird. Trotz der gesetzlichen Mißbrauchsvermutung in § 17, I n. F.³⁾ ist - wie noch ausführlich zu zeigen sein wird - diese Frage nicht überflüssig und kann nur nach eingehenden Untersuchungen beantwortet werden.

1) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 4 zu § 17.

2) Vgl. Sarnighausen, a.a.O., S. 91 f.

3) Durch die am 1.1.1966 in Kraft getretene Kartellgesetznovelle wurde in § 17, I GWB u.a. folgende Bestimmung aufgenommen: "Es wird vermutet, daß die Voraussetzungen des Satzes 1, Nr. 3 vorliegen, wenn dieselbe Ware des preisbindenden Unternehmers teils zu den gebundenen, teils ohne oder unter anderen Firmen-, Wort- oder Bildzeichen zu erheblich niedrigeren Preisen angeboten wird." Mit der Aufnahme dieser Vermutung nimmt der Gesetzgeber zu einer Frage Stellung, die bis zu diesem Zeitpunkt nur vom Bundeskartellamt und in der Literatur behandelt wurde.

b₍₁₎ Stellungnahme des Bundeskartellamtes und der
Literatur

Nach Meinung des BKA und der h. M. im Schrifttum verstößt die vertikale Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb auch gegen § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB, da sie ein Sinken des gebundenen Markenartikelpreises auf ein niedrigeres, gesamtwirtschaftlich gerechtfertigtes Niveau verhindere. Die Kartellbehörde könne deshalb die Preisbindung nach Ziff. 3 für unwirksam erklären.

Sei der Preis eines Markenartikels in Übereinstimmung mit den Marktverhältnissen festgesetzt worden, so würde eine Änderung dieser Verhältnisse in Form eines Nachfragerückganges bewirken, daß der Preis dieses Markenartikels ohne Preisbindung auf ein niedrigeres, den gesamtwirtschaftlichen Verhältnissen nun wieder entsprechendes Niveau absinken würde. Die Preisbindung jedoch verhindere eine derartige Anpassung durch den Markt. Der Preisbinder habe in dieser Situation grundsätzlich drei Möglichkeiten: erstens könne er an dem gebundenen, gesamtwirtschaftlich nicht mehr gerechtfertigten Preis festhalten, müsse aber dafür starke Umsatzeinbußen hinnehmen, ferner könne er durch eine den gesamtwirtschaftlichen Verhältnissen entsprechende Preissenkung den rückläufigen Umsatz auffangen und schließlich könne der Preisbinder versuchen, die Vorteile beider Alternativen, nämlich die Beibehaltung des gleich hohen Produktpreises und das Auffangen des rückläufigen Absatzes, durch einen zweigleisigen Vertrieb für sich zu nutzen, indem er, soweit dies möglich sei, einen Teil der Produktion zu dem gebundenen, gesamtwirtschaftlich nicht mehr gerechtfertigten Preis absetze und den restlichen Teil der Produktion preisfrei verkaufe. Nur für diesen Teil des Angebots bilde sich ein marktkonformer Preis durch das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage.

Entspräche der gebundene Verbraucherpreis dem von den Händlern frei kalkulierten, nach den Marktverhältnissen sich bildenden Preis, so bestünde "für den Hersteller weder Anlaß noch Interesse für einen zweispurigen Vertrieb".¹⁾

1) Schreiben des Vorsitzenden, MA 1960, S. 51.

In Wirklichkeit bestehe jedoch eine solche Preisübereinstimmung nicht. Die Preisspaltung bedeute somit das Ausweichen einer nach den Marktverhältnissen an sich erforderlichen generellen Senkung des vertikal gebundenen Preises. Ein marktgerechter Preis könne sich beim zweigleisigen Vertrieb immer nur für den preisfreien Teil des Angebots bilden, während der Preis für den anderen Teil der Produktion mit Hilfe der Preisbindung auf dem alten überhöhten Niveau gehalten werde. Aus diesen Gründen sei der zweispurige Vertrieb von Markenwaren als ein sicheres Indiz einer gesamtwirtschaftlich nicht mehr gerechtfertigten Preisbindung zu werten. Diese Ansicht des BKA, der sich die h. M. im Schrifttum angeschlossen hat,¹⁾ ist durch die Kartellgesetznovelle 1965 in § 17, I gesetzlich verankert.

Aktueller Anlaß für die dargelegte Auffassung waren die Vorgänge auf dem Strumpfmarkt (1957/1958). Den durch das Vordringen der nahtlosen Strümpfe auftretenden Absatzschwierigkeiten bei den herkömmlichen Nahtstrümpfen hätte nur durch eine allgemeine Preisreduzierung wirksam begegnet werden können, wobei die Preise so stark hätten reduziert werden müssen, daß auf Grund der Preisunterschiede viele Verbraucher weiterhin den Nahtstrümpfen den Vorzug gegeben hätten. Die Strumpfersteller wählten jedoch den zweispurigen Vertrieb, um der "am normalen Markenartikelbegriff orientierten Verbraucherschaft" einen weit höheren als den gesamtwirtschaftlich gerechtfertigten Preis abzuverlangen. Dem Verhältnis von Angebot und Nachfrage hätte ein weitaus niedrigerer als der gebundene Preis entsprochen. Nach der h. M. also habe der künstlich durch die Preisbindung hochgehaltene Marktpreis im Widerspruch zur tatsächlichen Marktlage gestanden und ein Einschreiten der Kartellbehörde nach § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB gerechtfertigt.

1) Vgl. Schreiben des Vorsitzenden, MA 1960, S. 51 = WuW/E B Kart A 143; Völp, MA 1960, S. 47 f. und WRP 1958, S. 357; Christl, BB 1960, S. 301; Gentz, WuW 1961, S. 606; Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 1142; Wörmer, a.a.O., S. 297; Lukes, Jus 1962, S. 219; Roidl, BB 1960, S. 1297 ff.

b₍₂₎ Eigene Stellungnahme

Bei der Untersuchung des Problems, ob beim zweigleisigen Vertrieb der Preis des gebundenen Markenartikels auf einem, gesamtwirtschaftlich gesehen, nicht bzw. nicht mehr gerechtfertigten Niveau durch die Preisbindung hochgehalten wird und somit die Preisbindung nach § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB für unwirksam erklärt werden kann, erhebt sich zunächst die Frage, ob diese Bestimmung beim zweigleisigen Vertrieb überhaupt aus grundsätzlichen Erwägungen heraus zur Anwendung kommen kann.

b_(2/1) Zur Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB beim zweigleisigen Vertrieb

In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, daß § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB nur dann Anwendung finde, wenn das überhöhte Preisniveau des preisgebundenen Markenartikels auf überhöhte Handelsspannen zurückzuführen sei. Im Einzelfall - so wird argumentiert - könne eine Preisüberhöhung sowohl durch überhöhte Fabrikabgabepreise als auch durch die Bindung der Abnehmer an überhöhte Handelsspannen entstehen. Wie sich jedoch aus den Verhandlungen, die zur Verabschiedung des GWB führten, ergebe, sollten dem BKA keine Preisüberwachungsfunktionen übertragen werden. Die Fixierung der Werksabgabepreise sei allein Sache des Herstellers. Da die gebundene Ware nach § 16, I GWB im Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler stehen müsse und der Preisbinder somit bei der Preisfestsetzung auf die Konkurrenz Rücksicht zu nehmen habe, werde die gebundene Ware nur durch überhöhte Handelsspannen verteuert. Überhöhte Wiederverkaufspreise seien auf besonders günstige Spannen zurückzuführen, die den Händler zu einem bevorzugten Einsatz für das betreffende Erzeugnis bewegen sollen. Wenn jedoch die Ware bereits durch einen überhöhten Herstellerpreis verteuert werde, so verkenne oder mißachte der Hersteller die Marktlage; die Verteuierung könne jedoch in diesem Fall nicht

als Folge der Preisbindung angesehen werden. Daß aber die Preisbindung die Ursache für den überhöhten Preis sein müsse, ergebe sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes ("...", wenn die Preisbindung geeignet ist, ..."). Wenn der preisgebundene Markenartikel im Preis von den frei kalkulierten Erzeugnissen abweiche, so resultiere diese Abweichung nur aus der Handelsspanne, der mit der Preisbindung eine Sonderstellung eingeräumt sei. Das BKA könne somit den Verbraucherpreis, der sich ja aus Fabrikabgabepreis und Handelsspanne zusammensetze, nur angreifen, indem es die Höhe der Handelsspanne beanstande.¹⁾²⁾

Macht man sich diese Auffassung zu eigen, dann erübrigt sich eine weitere Untersuchung der Frage, ob die Kartellbehörde die Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb nach § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB für unwirksam erklären kann, da die Preisunterschiede zwischen den einzelnen Produktvarianten im allgemeinen nicht auf unverhältnismäßig unterschiedliche Handelsspannen, sondern auf unterschiedliche Fabrikabgabepreise zurückzuführen sind.³⁾

Kritisch ist zu der oben wiedergegebenen Auffassung zu sagen, daß zwar die Annahme richtig ist, durch die vertikale Preisbindung werde der Wettbewerb zwischen den konkurrierenden Herstellern nicht unmittelbar berührt, d.h. auch der Markenartikelproduzent habe bei der Festsetzung seiner Preise auf die Konkurrenz Rücksicht zu nehmen, so daß auch der gebundene Preis ein Wettbewerbspreis sei, weil die Preisbindung lediglich einen Preiswettbewerb zwischen den gebundenen Händlern vereitle. Außer acht gelassen wird dabei jedoch, daß es ohne Preisbindung den Wiederverkäufern möglich wäre, einen scharfen Preiswettbewerb zu entfachen, indem sie die ihnen gewährte Handelsspanne ganz

1) Vgl. Griesbach, MA 1964, S. 924 (Anm. der Schriftleitung); Boekle, WuW/E OLG 213; Jacobi, BB 1961, S. 356; Schwartz, im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Rdz. 31 zu § 17 GWB.

2) Andere Autoren nennen als einziges Beispiel für eine nach Ziff. 3 zu beanstandende Verteuerung überhöhte Handelsspannen. Vgl. Droste, Der Betrieb 1958, S. 102; Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., Neuwied-Berlin-Darmstadt 1958, § 17, Anm. II, 5; Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 14 zu § 17 GWB; Markenverband, MA 1957, S. 437.

3) Vgl. Jacob-Steinorth, WRP 1962, S. 321 f.

oder zum Teil an den Käufer weitergeben. Zum Ausgleich dafür würden sie ihrerseits versuchen, die Fabrikabgabepreise der Hersteller zu drücken. Je stärker der Preiswettbewerb auf der Wiederverkäuferenebene ist, in umso stärkerem Maße wird der Hersteller zu einer Revision seiner Fabrikabgabepreise gezwungen. "Ein scharfer Konkurrenzkampf des Handels mit unseren Marken ließe nicht nur die Handelsspannen zerschmelzen, sondern würde auf die Dauer auch den Fabrikabgabepreis des Fabrikanten antasten."¹⁾

Durch das Absatzinstrument der vertikalen Preisbindung kann der Produzent den evtl. vom Handel ausgehenden Druck auf seine Abgabepreise vermeiden, so daß die Preisbindung nicht nur die Handelsspannen, sondern auch die Fabrikabgabepreise des Herstellers stabilisiert. Eine Anwendung des § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB ist somit beim zweigleisigen Vertrieb nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Preisdifferenz zwischen den einzelnen Produktvarianten regelmäßig auf unterschiedliche Fabrikabgabepreise zurückzuführen ist. Ziff. 3 bekämpft nicht nur ungerechtfertigt hohe Handelsspannen, sondern allgemein jede Verteuerung der gebundenen Ware.²⁾

b(2/2) Wesentliche Veränderung der Marktverhältnisse
(gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse)

b(2/21) Notwendigkeit einer Korrektur des gebundenen
Preises bei einer wesentlichen Veränderung der
Marktverhältnisse

Die zweite Voraussetzung der tatbestandsmäßigen Erfüllung des § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB beim zweigleisigen Vertrieb

1) Rijkens, MA 1953, S. 728.

2) Vgl. Jacob-Steinorth, WRP 1962, S. 321 f.; ferner: WuW/E OLG 207 ff. (211); Christl, WRP 1962, S. 352. Dieses Ergebnis wird ferner durch die Aufnahme der gesetzlichen Mißbrauchsvermutung in § 17, I n.F. bestätigt. Vgl. dazu aber auch Schwartz, im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Rdz. 31 zu § 17 GWB: "Der Hinweis auf eine Milderung des Drucks der Händler auf die Herstellerpreise bezieht sich auf eine vom Gesetz nicht verkannte mittelbare Folge der Preisbindung, die für eine Mißbrauchsprüfung in konkreten Einzelfällen keinen Anhalt bietet."

besteht darin, daß die vertikale Preisbindung einen durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht mehr vertretbaren Preis stabilisiert.

Auch die nach § 16 GWB ausnahmsweise zugelassene vertikale Preisbindung führt zu einer Ausschaltung des Preiswettbewerbs auf der Wiederverkäuferenebene und damit zu einer Stabilisierung der Endverbraucherpreise und auch - wie oben dargelegt - der Fabrikabgabepreise. Diese Ausschaltung des Preiswettbewerbs wird für den Fall konstanter oder sich nur gering ändernder Marktverhältnisse hingenommen, da die Ziele, die mit Hilfe der ausnahmsweisen Zulassung der Preisbindung erstrebt werden, vom Gesetzgeber höher eingestuft werden als eine in diesem Umfang erfolgte Reduzierung eines voll funktionsfähigen Preiswettbewerbs.

Bei der ausnahmsweisen Zulassung der vertikalen Preisbindung und der damit verbundenen Einschränkung des Preiswettbewerbs geht der Gesetzgeber davon aus, daß der mit der Preisbindung stabilisierte Preis marktkonform ist und daß sich die Marktlage nicht bzw. nur minimal ändert. Eine derartige Ausschaltung des Preiswettbewerbs auf der Händlerebene wird jedoch dann nicht mehr für zulässig erachtet, wenn die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse (Marktverhältnisse) sich wesentlich ändern.¹⁾ Der nun nicht mehr marktkonforme Preis muß durch einen Preiswettbewerb - der Gesetzgeber verlangt ausdrücklich einen solchen, was bedeutet, daß andere Wettbewerbsformen²⁾ nicht für ausreichend für das Funktionieren der freien Marktwirtschaft angesehen werden - auf der Wiederverkäuferenebene unverzüglich eine Korrektur erfahren, damit er seine gesamtwirtschaftlichen Funktionen erfüllen kann. Ohne preisgesteuerte Anpassungsvorgänge kann eine dynamische Marktwirtschaft nicht funktionieren. Wenn die Preisbindung zur Verzögerung notwendiger Anpassungsprozesse führt, dann wird sie zum Störungsfaktor im marktwirtschaftlichen Erzeugungs- und Verteilungsprozeß.

1) Vgl. Schwartz, im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Rdz. 28 zu § 17 GWB; Lutz, MA 1958, S. 710; Christl, BB 1960, S. 300.

2) Vgl. dazu Marzen, ZfB 1963, S. 77 ff.

Selbst wenn wesentliche Veränderungen der Marktverhältnisse eine Korrektur des gebundenen Markenartikelpreises verlangen, versucht im allgemeinen der Hersteller, eine Anpassung seiner Preise an das marktkonforme Niveau so lange wie möglich hinauszuzögern.¹⁾ Für eine derartige verzögerte Anpassung lassen sich u.a. folgende Gründe anführen: (1) Wie schon an anderer Stelle darauf hingewiesen wurde,²⁾ besteht bei einem Teil der Verbraucherschaft die Vorstellung, daß sich vom Preis einer Ware ein definitiver Schluß auf die Qualität ziehen lasse. Selbst eine Senkung des Preises auf ein marktkonformes Niveau würde vielfach als Abgleiten in eine niedrigere Qualitätsstufe gedeutet werden. (2) Die Ummeldung der Preisbindung beim BKA sowie die Umstellung der Werbung sind mit Schwierigkeiten und Kosten verbunden. (3) Mancher Händler steht einer Preisänderung durch den Hersteller negativ gegenüber. Diese ablehnende Haltung resultiert daraus, daß dem Handel Unkosten durch die Preisumstellung entstehen, daß er evtl. eine Reduzierung seiner Spannen hinnehmen muß, daß ihm nicht zuletzt evtl. beträchtliche Verluste für die bereits auf Lager genommenen Waren entstehen, da sich diese nur mehr zum niedrigeren Preis absetzen lassen. (4) Da es sich im wesentlichen um oligopolistische Marktverhältnisse handelt, würde eine offene Preissenkung sofort entsprechende Reaktionen der Konkurrenz auslösen. Die Folge wäre evtl. ein offener Preiskampf, gekennzeichnet von dem Betreiben, sich gegenseitig zu unterbieten.

Zu Recht wird deshalb die Meinung vertreten,³⁾ daß der Produzent, der die Preise seiner Markenartikel bindet, gegen § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB verstößt, wenn er trotz wesentlicher Änderung der Marktverhältnisse nicht mit einer Senkung des Niveaus des Endverbraucherpreises reagiert, die ihn im allgemeinen - da diese Senkung nicht allein zu Lasten der Handelsspanne gehen kann - auch zu einer Revision

1) Vgl. Krusche, a.a.O., S. 86 ff.

2) Vgl. oben, S. 8.

3) Vgl. Christl, BB 1960, S. 300 und WRP 1962, S. 351; Lutz, MA 1958, S. 710.

des Fabrikabgabepreises zwingt. Der Gesetzgeber hat klar zum Ausdruck gebracht (§ 16, § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB), daß eine Preisbindung nur dann zulässig ist, wenn sich die gebundenen Preise nicht allzu lang und allzu weit von den Preisen entfernen, die sich ohne Preisbindung im Preiswettbewerb bilden würden. Das Erfordernis des Preiswettbewerbs weist ebenso wie das Eingriffsrecht der Kartellbehörde im Falle ungerechtfertigter Warenverteuerung durch die Preisbindung auf die Aufgabe des BKA hin, dafür Sorge zu tragen, daß die gebundenen Preise der jeweiligen Marktlage und den Marktgegebenheiten angepaßt werden.

^b(2/22) Der Begriff der wesentlichen Veränderung der Marktverhältnisse

Bei der Untersuchung des Problems, ob eine Änderung der Marktverhältnisse im konkreten Fall eine im gesamtwirtschaftlichen Interesse liegende Revision des gebundenen Preises notwendig macht, geht man zweckmäßigerweise davon aus, daß § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB mögliche Verbilligungen fördern will. Der Begriff der gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse bzw. Marktverhältnisse darf deshalb nicht zu weit ausgedehnt werden; insbesondere wird nicht verlangt, daß die ganze Volkswirtschaft betroffen sein muß. Da ein Sinken des gebundenen Preises immer dann verhindert wird, wenn sich dieser in einem Mißverhältnis zu den niedrigeren Preisen befindet, die sich ohne Preisbindung bilden bzw. bilden würden, kann man ganz allgemein eine Änderung der Marktverhältnisse als wesentlich i. S. d. § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB bezeichnen, wenn diese Änderung "nach Lage der Umstände ohne Vorhandensein von Preisbindungen zu entsprechenden Preisveränderungen führen würde(n)".¹⁾ In diesem Fall hat das preisbindende Unternehmen eine angemessene Änderung des gebundenen Preises vorzunehmen.

Nicht zugestimmt werden kann der Ansicht von Lutz,²⁾ wonach nur ein allgemeiner Preisrückgang eine Preisanpassungspflicht auslöse. Die wirtschaftlichen Verhältnisse

1) Christl, BB 1960, S. 300; vgl. ferner Rasch/Westrick, a.a.O., Rdz. 8 zu § 17 GWB; WuW/E B Kart A 355.

2) Lutz, MA 1958, S. 710.

eines Fachzweiges allein könnten nicht zur Aufhebung einer Preisbindung führen. Zu Recht weist Jacob-Steinorth¹⁾ demgegenüber darauf hin, daß eine verzögerte Preisanpassung in nur einer von einer Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse betroffenen Branche infolge der Interdependenz allen wirtschaftlichen Geschehens eine Beeinträchtigung des Preismechanismus der gesamten Volkswirtschaft zur Folge habe.

b_(2/3) Der zweigleisige Vertrieb als Indiz einer wesentlichen Marktveränderung

Die Frage, ob im konkreten Fall eine Marktveränderung als wesentlich anzusehen ist, d.h. ob die Preisbindung geeignet ist, ein Sinken der gebundenen Preise in einer durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse nicht gerechtfertigten Weise zu verhindern, läßt sich nur auf Grund eingehender Marktuntersuchungen und Betriebsvergleiche beantworten.²⁾

Da aber derartige Marktanalysen und Betriebsvergleiche einen hohen Aufwand an Zeit und Mitarbeitern erfordern, den sich das Kartellamt im allgemeinen nicht leisten kann, hat die Kartellbehörde seit Jahren nach Möglichkeiten gesucht, die ihr die Mißbrauchsaufsicht nach § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB erleichtern könnten.³⁾

Das Bundeskartellamt glaubte bis jetzt auf derartige fundierte Untersuchungen von vorneherein in einem ganz bestimmten Fall verzichten zu können, nämlich beim zweigleisigen Vertrieb von Markenwaren in der Erscheinungsform des preisgebundenen Markenartikels und der preisfreien Ware, da sich hier seiner Ansicht nach Wettbewerbspreis und

1) Vgl. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S.100.

2) Vgl. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für 1992, S. 143.

3) Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1962, in: BT-Drucks., 4. Wahlperiode, Nr. 1220, S. 2: "Für den Nachweis mißbräuchlicher Überhöhung gebundener Preise haben sich Kosten- und Preisprüfungen im allgemeinen nicht als geeignet erwiesen." Vgl. dazu auch: Begründung zum Regierungsentwurf, im Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar, S. 125 f.

gebundener Preis in geradezu klassischer Weise gegenüberstehen.¹⁾ Der zweigleisige Vertrieb wird als sicheres Indiz einer tatbestandsmäßigen Erfüllung des § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB angesehen. Dieser Ansicht hat sich die h. M. im Schrifttum²⁾ und der Gesetzgeber durch die Aufnahme der gesetzlichen Mißbrauchsvermutung in § 17, I n.F. angeschlossen; letzterer macht jedoch insoweit eine Einschränkung, als er den zweigleisigen Vertrieb nur dann als Anzeichen für eine Überteuerung gewertet wissen will, wenn die über das zweite Gleis vertriebene preisfreie Ware einen erheblich niedrigeren Preis besitzt.³⁾

b(2/4) Kritische Stellungnahme

Daß diese Ansicht des BKA und der h. M. sowie die gesetzliche Mißbrauchsvermutung des § 17, I n.F. nicht frei von Irrtum sind, sollen die nachfolgenden Ausführungen dokumentieren. Diese zielen vor allem darauf ab, nachzuweisen, daß auch beim zweigleisigen Vertrieb eingehende Marktuntersuchungen notwendig sind. Selbst bei erheblichen Preisunterschieden kann man die Freisspaltung nicht als sicheres Anzeichen einer tatbestandsmäßigen Erfüllung des § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB ansehen.

Die negative Einstellung zum zweigleisigen Vertrieb, die aus den angeführten Stellungnahmen durchdringt und die auch in § 17, I n.F. zum Ausdruck kommt⁴⁾, beruht meiner Meinung

1) Auf die Ermittlung eines hypothetischen Marktpreises könne hier, ebenso wie in den Fällen des "grauen Marktes", verzichtet werden. Zu den Schwierigkeiten, die mit der Ermittlung des hypothetischen Marktpreises verbunden sind, vgl. Schwartz, im Gemeinschaftskommentar, Rdz. 29 f. zu § 17 GWB.

2) Vgl. oben, S. 131 ff.

3) Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, im Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar, S. 125 f.

4) Vgl. Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1964, S. 661: "Der Einführung einer gesetzlichen Vermutung bedarf es auch nicht hinsichtlich der zweiten Alternative (gemeint ist der zweigleisige Vertrieb: der Verfasser). ... Es muß angenommen werden, daß mindestens bestimmte Fälle eines solchen Vertriebs von der Rechtsprechung mißbilligt werden, während andererseits Fallgestaltungen denkbar sind, in denen solche Maßnahmen einzel- und gesamtwirtschaftlich vertretbar oder sogar geboten sind."

nach auf drei Faktoren: in der generell ablehnenden Einstellung des BKA zur vertikalen Preisbindung, in dem Bemühen des Gesetzgebers, dem BKA die Mißbrauchsaufsicht zu erleichtern und schließlich in "Voreingenommenheit, verbrauchersozialistischen Erwägungen und Konformismus"¹⁾.

b(2/41) Vergleichbarkeit von markierter und anonymer Ware

Trotz technischer Identität sind markierte und anonyme Waren bzw. unterschiedlich markierte Waren wirtschaftlich nicht gleichwertig. Dieser Tatsache hat auch der BGH im Markenbenzinfall Rechnung getragen²⁾, indem er darauf hinwies: "Wird Benzin ... nach dem Willen der Markeninhaber nicht unter deren Marken vertrieben, so ist es eben keine markierte Ware und zwar auch nicht nach den Vorstellungen der Verbraucher". In Ermangelung einer zuverlässigen Vergleichsgröße läßt sich nicht ohne nähere Untersuchung vom Preisunterschied zwischen markierter und unmarkierter Ware auf einen gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigten Preis des preisgebundenen Markenartikels schließen.³⁾

Auch der Markenverband⁴⁾ weist darauf hin, daß "nach der Verkehrsanschauung substanzgleiche Waren, sofern sie mit unterschiedlicher Markierung, abweichender Ausstattung oder in verschiedenen Größen usw. angeboten werden, niemals identische Waren darstellen und daß bei nicht identischen, sondern nur substanzgleichen Waren mangels einer zuverlässigen Vergleichsgröße grundsätzlich keine Schlüsse von einem im Preiswettbewerb des Handels frei gebildeten Preis auf den vom Hersteller gebundenen Preis gezogen werden können".

b(2/42) Der erheblich niedrigere Preis

Auch wenn man wie die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum Bericht des BKA für das Jahr 1960 von der Vergleichbarkeit der zweigleisig vertriebenen Waren ausgeht,

1) Benisch, Die Aktiengesellschaft 1964, S. 323.

2) BGH-Urteil vom 7.4.1965, Der Betrieb 1965, S. 966.

3) Vgl. Jacob-Steinorth, WRP 1965, S. 389.

4) Markenverband, Der Betrieb 1964, S. 836; vgl. ferner Das Fachblatt für Selbstbedienung 1967, Nr. 11, S. 3.

kann ein Preisunterschied zwischen den einzelnen Produktvarianten nicht als ein sicheres Anzeichen dafür gewertet werden, daß der durch die vertikale Preisbindung stabilisierte Preis des preisgebundenen MA gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigt ist und daß ein Sinken dieses Preises durch die Preisbindung verhindert wird.

Die These des BKA, "daß nicht der vertikal gebundene, sondern nur der ungebundene, sich im Markt ungehindert bildende Preis durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse gerechtfertigt ist"¹⁾, widerspricht den Erkenntnissen der Nationalökonomie, die durch intensive Untersuchungen auf dem Gebiet der Produkt- und Preisdifferenzierung²⁾ zu dem Ergebnis gekommen ist, daß der Homogenitäts- bzw. Gleichartigkeitsbegriff nicht technisch-objektiv, sondern vielmehr subjektiv-funktional zu fassen sei. Selbst bei Substanzgleichheit sind markierte und anonyme Waren bzw. unterschiedlich markierte Waren in den Augen des Verbrauchers nicht gleichwertig, wirtschaftlich nicht identisch.³⁾

Diese unterschiedliche Einstufung ist eine Folge rationalen und irrationalen Verbraucherverhaltens.⁴⁾ Der MA bietet dem Verbraucher einen über den zweckgebundenen Grundnutzen hinausgehenden Zusatznutzen in Form der Risikominderung und vor allem in Form des Geltungsnutzens. Darüber hinaus schließt ein Teil der Verbraucher von Preisdifferenzen auf Qualitätsunterschiede.

Die Wiederverkaufswerte technisch identischer Produkte

1) Schreiben des Vorsitzenden, MA 1960, S. 51.

2) Vgl. oben, S. 5.

3) Vgl. Müller, Industriekurier, Verbrauchersonderausgabe zu Nr. 185, 26.11.1964, S. 6: "Erhebliche Bedenken hat der Einzelhandel gegen die Ausdehnung der gesetzlichen Vermutung für das Vorliegen von abträglichen Marktfolgen der Preisbindung auf alle Fälle des zweigleisigen Vertriebs einer Markenware ... Handelt es sich um eine Markenware, die unter einer Handelsmarke verkauft wird, fehlt es an der Identität mit der vom Hersteller unter seiner Marke vertriebenen Ware. Auf diese Abgrenzung legt der Einzelhandel angesichts der wachsenden Bedeutung der Handelsmarken besonderen Wert."

4) Vgl. oben, S. 6 ff.

werden von der Markierung entscheidend beeinflusst. Die unterschiedliche Bewertung unterschiedlich markierter Waren macht deutlich, daß die Preisunterschiede in erster Linie als Folge der Markierung und nicht der Preisbindung anzusehen sind.¹⁾ Der Hersteller erzielt auch ohne Preisbindung einen höheren Preis für die markierte Ware als für die anonyme Ware.²⁾

Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Unterschiede zwischen den zweigleisig vertriebenen Waren ist, sofern man überhaupt von einer Vergleichbarkeit ausgeht, nur mit Hilfe des Begriffs des "erheblich niedrigeren Preises" möglich.

Diesen Erkenntnissen trägt im Gegensatz zum BKA³⁾ die Kartellgesetznovelle mit der neuen Fassung des § 17, I, S. 2 GWB Rechnung. Die Novelle hat zu dieser Frage den Einwand nicht übersehen, daß die Verbraucherschaft einen Markenartikel höher einschätzt als die substanzgleiche Ware ohne Marke oder unter einer weniger anerkannten Marke. Diese auf Anerkennung und Qualitätsgarantie beruhende Vorzugstellung des Markenartikels wird von der Novelle jedoch nicht als mangelnde Gleichheit⁴⁾ mit der markenfreien oder anders markierten Ware gewertet. Es sei selbstverständlich, daß der bekannte Markenartikel etwas teurer sei; der Verbraucher erwarte dies sogar. Die Preisdifferenz zwischen den einzelnen Produktvarianten beim zweigleisigen Vertrieb müsse, um als Indiz für die gesetzliche Vermutung verwendbar zu sein, "erheblich" sein.⁵⁾

1) Vgl. Jacob-Steinorth, WRP 1965, S. 389; Röper, Kritisches zum IFO - Gutachten über die vertikale Preisbindung, München 1964, S. 13; Frankfurter Kommentar, Rdz. 41 zu § 17 GWB; Lampe, Binnenhandel und Binnenhandelspolitik, München 1933, S. 13: "Die Folgen des Markenartikels sind nicht zu verwechseln mit den Folgen, die durch die Bindung ihrer Preise entstehen."

2) Vgl. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 102.

3) In einer vorläufigen Stellungnahme (wiedergegeben bei Mundthal, Der Verbraucher 1960, S. 70) war auch noch das BKA der Ansicht, daß eine gewisse Preisdifferenz durch unterschiedliche Werbe- und Vertriebskosten gerechtfertigt sein könne.

4) In diesem Fall würde § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB überhaupt nicht zur Anwendung kommen.

5) Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, im Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar, S. 125 f.; BKA, MA 1966, S. 417.

Um festzustellen, ob ein Preisunterschied erheblich ist, empfiehlt es sich, zu untersuchen, ob und inwieweit dieser die unterschiedlichen Verbraucherpräferenzen reflektiert. Als erheblich wird man einen Preisunterschied dann anzu-
sehen haben, wenn er nicht nur die bestehenden unter-
schiedlichen Wiederverkaufswerte widerspiegelt, sondern
zum Teil auch durch die Preisbindung bedingt ist. Nach der
Begründung zum Regierungsentwurf ist die Preisdifferenz
unerheblich, wenn sie durch die Marktgeltung des gebundenen
Erzeugnisses, durch die zu leistende Qualitätsgarantie,
den teureren Absatzweg u.ä. Umstände gerechtfertigt ist.
Zu berücksichtigen ist danach ferner das Risiko für den
Goodwill, das der Produzent mit einer Herkunftsbezeichnung
auf der Ware eingeht.¹⁾

Zutreffend weist Jacob-Steinorth²⁾ darauf hin, daß die
Feststellungen, die im Zusammenhang mit der Frage des er-
heblich niedrigeren Preises erforderlich sind, um vieles
schwieriger sind als die Feststellung der Zweigleisigkeit
als solcher.

Als Teilergebnis läßt sich bis hier folgendes festhalten:
Wenn man überhaupt von einem Preisunterschied zwischen den
zweigleisig vertriebenen Produktvarianten auf eine durch
die vertikale Preisbindung erfolgte Stabilisierung eines
gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigten Preises schlie-
ßen kann, dann nur in dem Fall, wo der Preisunterschied
erheblich ist; doch auch dies ist entgegen der gesetzlichen
Vermutung in § 17, I GWB kein zuverlässiges Indiz. Vielmehr
müssen auch hier m. E. noch Modifizierungen vorgenommen
werden.

b(2/421) Der erheblich niedrigere Preis als Folge
einer autonomen Preispolitik des Handels

Setzt ein Hersteller seine Produktion teils preisgebunden,
teils preisfrei an den Handel ab, so kann er keinen Einfluß
auf die Gestaltung des Verbraucherpreises für den nicht
preisgebundenen Teil nehmen. Dieser stellt sich im allge-

1) Vgl. Tetzner, Kartellrecht, 2. Aufl., München und Ber-
lin 1967, S. 113; Benisch, Der Betrieb 1965, S. 1038.

2) Jacob-Steinorth, WRP 1965, S. 389.

meinen niedriger als der gebundene Teil, was auf unterschiedliche Angebots- und Nachfrageverhältnisse zurückzuführen ist. Darüber hinaus wird der ohne Preisbindung vertriebene Teil der Produktion oftmals zum Gegenstand aktiver Preispolitik des Handels gemacht. Der erheblich niedrigere Preis hat in diesen Fällen seine Ursache in der Regel nicht in einer gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigten Preisbindung, sondern ist eine Folge der Preispolitik der mit der billigeren Produktvariante belieferten Händler. Geht man von dem Sinngehalt der Vorschrift des § 17, I, S. 2 GWB aus, daß der Verkauf durch den Hersteller zu ungerechtfertigten unterschiedlichen Preisen eine Verteuerung der gebundenen Ware vermuten läßt, so ist die Anwendung dieser Bestimmung auf derartige Fälle abzulehnen. Der zweigleisig vertreibende Hersteller kann nicht für den Preis verantwortlich gemacht werden, der Ausdruck einer autonomen Preispolitik des Handels ist.¹⁾

Der vom BKA zum Maßstab genommene Marktpreis - das ist der Preis, der sich im Preiswettbewerb des Einzelhandels für die über das zweite Gleis abgesetzte preisfreie Produktvariante herausgebildet hat - ist keine brauchbare Orientierungsgröße für ein Urteil darüber, ob der gebundene Markenartikelpreis gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt ist oder nicht. Die Auffassung des BKA beruht auf der irrigen Vorstellung, daß sich ein frei kalkulierbarer Preis nach dem Börsenprinzip bilde und sich wie von einer Kurstabelle ablesen lasse. Dabei wird jedoch nicht bedacht, daß der Einzelhändler einen Artikel im Rahmen seiner Sortimentspolitik kalkuliert und den Endverbraucherpreis nicht nur unter Berücksichtigung von Angebot und Nachfrage bei diesem Artikel, sondern auch unter Berücksichtigung der für den Vertrieb seines gesamten Sortiments maßgeblichen lokalen Marktverhältnisse festlegt. So kann z.B. eine Ware von einem Einzelhändler als Lockware unter dem Einstandspreis, von einem anderen Händler mit minimalem Gewinn und von einem dritten mit branchenüblicher Handelsspanne angeboten werden. Dazu kommen noch Unterschiede in den Dienstleistungen

1) Vgl. MA 1964, S. 686; vgl. ferner: Benisch, Der Betrieb 1965, S. 1038.

der Handelsbetriebe, die sich wiederum in unterschiedlichen Vertriebskosten niederschlagen.

b(2/4211) Der preisfreie Artikel als "Lockvogel"

Der Handel kann, um seinem Geschäft den Anschein besonderer Preiswürdigkeit und Billigkeit zu verleihen, die preisfreie Produktvariante als "Lockvogel"¹⁾ in sein Sonderangebotssortiment einreihen.

Aus dem Vergleich von erheblich niedrigeren Lockpreisen des Handels mit dem höheren gebundenen Markenartikelpreis kann jedoch nicht auf einen - vom GWB mißbilligten - gesamtwirtschaftlich ungerechtfertigten Verteuerungseffekt der Preisbindung geschlossen werden. Diese Lockvogelangebote sind noch kein Indiz für eine gesamtwirtschaftlich ungerechtfertigte Überhöhung der gebundenen Markenartikelpreise. Die gleiche Ansicht vertritt der BDI²⁾ in seiner Stellungnahme zur Kartellnovelle, wenn er ausführt, die Ursache erheblich unterschiedlicher Preise im gespaltenen Vertrieb liege darin, "daß der Handel die ungebundene Ware zu Lockpreisen verkauft. Daraus kann nicht auf eine Verteuerung der gebundenen Ware geschlossen werden." Oft handelt es sich bei den Lockpreisen auch nur um kurzfristige Verbilligungen, die der betreffende Händler schon bald wieder zugunsten eines mit einer normalen Spanne kalkulierten Preises aufgibt.³⁾

b(2/4212) Der preisfreie Artikel als Kampfartikel

Der Grund erheblicher Preisdifferenzen kann auch darin liegen, daß die preisfreie Ware von leistungsfähigen, selbständigen Absatzmittlern als Kampfartikel benutzt wird. Der betreffende Artikel wird zu weit unter den Einstandspreisen liegenden Preisen in der Absicht angeboten, weniger

1) Zum Begriff und Wesen des Lockangebots vgl. vor allem Martino, WRP 1967, S. 82 mit weiteren Nachweisen.

2) BDI, Stellungnahme vom 7.6.1964, S. 19, zitiert nach Jacob-Steinorth, WRP 1965, S. 388.

3) Vgl. MA 1965, S. 609 f.

leistungsfähige Mitbewerber aus der Front der Anbieter zu eliminieren. Auch in diesem Fall kann - trotz erheblicher Preisunterschiede - kein definitiver Schluß auf einen gesamtwirtschaftlich nicht mehr gerechtfertigten Preis des gebundenen Markenartikels gezogen werden.¹⁾

b(2/422) Der erheblich niedrigere Preis als Folge eines zusätzlichen Umsatzes

Oft handelt es sich bei dem ohne Herstellermarke und ohne Preisbindung vertriebenen Teil der Produktion nur um einen Bruchteil der Gesamtproduktion des Markenartikelherstellers. In vielen Fällen wird der Produzent eine Restkapazität auszunutzen versuchen oder einen Sonderauftrag erfüllen. Dieser zusätzliche Umsatz kann im allgemeinen nur erzielt werden, wenn den Abnehmern ein verbilligtes Sonderangebot gemacht wird. Rückschlüsse von dem für einen geringen Hundertsatz der Gesamtproduktion ermäßigten Fabrikabgabepreis auf die Kalkulation des auf dem regulären Fabrikabgabepreis für den überwiegenden Teil der Produktion beruhenden gebundenen Endverbraucherpreis sind deshalb - auch bei erheblichen Preisunterschieden - grundsätzlich fehl am Platze.²⁾

b(2/423) Der erheblich niedrigere Preis als Folge vertraglicher Abmachungen zwischenzeitlich übernommener Unternehmen

Die Preisspaltung kann entgegen der Auffassung des Gesetzgebers auch dann nicht als sicheres Indiz für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB angesehen werden, wenn der erheblich niedrigere Preis der über das zweite Gleis abgesetzten preisfreien Produktvariante eine Folge früherer vertraglicher Abmachungen eines vom zweigleisig vertreibenden Hersteller zwischenzeitlich übernommenen Unternehmens ist.

Als weiteres Zwischenergebnis läßt sich somit festhalten,

1) Unter diesem Gesichtspunkt kann sich ein Verstoß gegen § 1 UWG ergeben.

2) Vgl. MA 1964, S. 686.

daß auch erhebliche Preisunterschiede beim zweigleisigen Vertrieb noch keinen definitiven Schluß zulassen, ob der Markenartikelpreis durch die Preisbindung auf einem gesamtwirtschaftlich nicht mehr gerechtfertigten Niveau hochgehalten wird. Vielmehr müssen auch hier zur Entscheidungsfindung eingehende Markt- und Kostenuntersuchungen vorgenommen werden.¹⁾

b(2/43) Die nachteiligen Folgen der Mißbrauchsvermutung
beim zweigleisigen Vertrieb

Die Meinung, man dürfe den zweigleisigen Vertrieb generell oder speziell im Fall von erheblichen Preisunterschieden zwischen markierter und unmarkierter Ware als Indiz einer gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigten Preisbindung ansehen, ist nicht nur unrichtig, sondern gesamtwirtschaftlich sogar von Nachteil.²⁾

b(2/431) Die nachteiligen Folgen der Auffassung des BKA

Folgte man der Auffassung des Bundeskartellamtes, das die Zweispurigkeit generell als Indiz für einen den gesamtwirtschaftlichen Verhältnissen nicht mehr gerecht werdenden Preis ansieht, so würde dies dazu führen, daß der Markenartikelproduzent von vorneherein auf diese Absatzmethode verzichtet, um nicht einen Eingriff der Kartellbehörde nach § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB zu provozieren.

Diese Reaktion der potentiell zweigleisig vertreibenden Unternehmer hat zur Folge, daß die positiven gesamtwirtschaftlichen Wirkungen einer Preisspaltung³⁾ ebenfalls

1) Gl.A. Schwartz, im Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar, S. 135; Völz, WRP 1965, S. 345; Benisch, Der Betrieb 1965, S. 1038; Jacob-Steinorth, WRP 1965, S. 389; Markenverband, Der Betrieb 1964, S. 836 und 1693.

2) Sölter, Markenpreisbindung und Marktintegration, Düsseldorf 1964, S. 58 f., hat gegen eine ausdrückliche Erwähnung der Mißbrauchsvermutung im Gesetz keine Bedenken, da das BKA schon aufgrund der alten Fassung des § 17 GWB die Preisbindung der in Frage kommenden Markenwaren für unwirksam habe erklären können, da sie geeignet sei, in nicht gerechtfertigter Weise die gebundenen Waren zu verteuern und ein Sinken ihrer Preise zu verhindern.

3) Vgl. oben, S. 69 ff.

nicht zum Zuge kommen. Die dynamischen Wirkungen der Doppelgleisigkeit, erstarrte Preissysteme aufzulockern, bleiben aus und die Hersteller werden sich ausschließlich des Qualitäts-, Reklame- und Servicewettbewerbs bedienen, was die gebundenen Preise in verstärktem Maße stabilisiert. Auf diesen Zusammenhang weist auch Jacob-Steinorth hin,¹⁾ wenn er ausführt: "Andernfalls würde nämlich gerade das bewirkt, was § 17, Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GWB verhindern will: eine stärkere Stabilisierung der Preise als sie durch die Preisbindung im Normalfall bewirkt wird."

^b(2/432) Die nachteiligen Folgen der gesetzlichen Mißbrauchsvermutung (§ 17, I, S. 2 GWB)

Durch die gesetzliche Vermutung wird der zweigleisig vertreibende Hersteller praktisch gezwungen, den Preis für die erheblich billigere, preisfreie Ware hinaufzusetzen, um den des teureren gebundenen Artikels zu rechtfertigen. Durch diesen Kunstgriff kann aus einem "erheblichen" Preisunterschied ein "unerheblicher" gemacht werden und damit die Eingriffsmöglichkeit des BKA ausgeschaltet werden. Daß ein derartiges Agieren jedoch zu Lasten des Verbrauchers geht, liegt auf der Hand.

Ist der gebundene Markenartikelpreis nicht marktkonform, so kann sich der Hersteller durch ein Hinaufsetzen der preisfreien Ware dem berechtigten Zugriff des BKA nach § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB entziehen, was für den Verbraucher den doppelten Nachteil hat, daß einerseits das erreicht wird, was man zu bekämpfen versucht, nämlich die Stabilisierung eines gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigten Preises, und daß zum anderen auch der Preis der preisfreien Ware erhöht wird.

Ist trotz einer erheblichen Preisdifferenz zwischen den Produktvarianten der Markenartikelpreis marktkonform, so muß der Hersteller, um sich einem nicht gerechtfertigten Eingreifen des Bundeskartellamtes von vornherein zu entziehen, wiederum eine Erhöhung des Preises der nicht gebundenen Ware vornehmen, was zur Folge hat, daß es wieder der

1) Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 105.

Verbraucher, das heißt die Allgemeinheit ist, die die Last der Verteuerung bei der preisfreien Ware zu tragen hat.

b(2/44) Absinken des Preises auf ein gesamtwirtschaftlich gerechtfertigtes Niveau

Ist durch entsprechende Untersuchungen und Betriebsvergleiche sichergestellt, daß der gebundene Markenartikelpreis gesamtwirtschaftlich nicht mehr gerechtfertigt ist, so wird sich nach Aufhebung der Preisbindung durch die Kartellbehörde der Preis dieser Ware entsprechend dem freien Spiel von Angebot und Nachfrage herausbilden.

Das BKA¹⁾ nun sieht den niedrigeren Preis der ungebunden vertriebenen Ware als denjenigen Marktpreis an, der sich gebildet hätte, wenn der Preisbinder, anstatt seine Produktion zweigleisig zu vertreiben, seinen gebundenen Preis gesenkt hätte. Ohne Preisbindung, so wird behauptet, wäre ein Absinken des Preises des gebundenen Markenartikels auf das Niveau, das sich für die markenlos und preisfrei vertriebene Ware eingespield hat, nicht zu verhindern. Selbst wenn man die Ausgangsstellung des BKA als richtig unterstellt, daß ein Interesse für die Preisspaltung nur bei rückläufiger Nachfrage bestehe, um ein Sinken des gebundenen Preises zu verhindern, wäre diese Ansicht falsch. Vielmehr würde sich, wenn die gesamte Produktion der betreffenden Marke ohne Preisbindung verkauft würde, ein freier Marktpreis ergeben, der über dem Preis für die markenlose Ware beim zweigleisigen Vertrieb liegt.²⁾ Dafür lassen sich mehrere Gründe anführen: Wird im Fall von Absatzschwierigkeiten die Preisbindung aufgehoben und die gesamte Produktion zwar weiterhin unter der herkömmlichen Marke, aber preisfrei am Markt angeboten, so würde die Nachfrage - im Vergleich zum zweigleisigen Vertrieb - nach der preisfreien Ware steigen, weil auch die Verbraucher, die bei einer Preisspaltung den teureren preisgebundenen Markenartikel kaufen würden, nun die billigere, nicht mehr

1) Vgl. Schreiben des Vorsitzenden, MA 1960, S. 51; gl.A. Christl, BB 1960, S. 301.

2) Vgl. Völp, MA 1960, S. 49; Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 1142; Schwartz, im Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar, S. 135.

preisgebundene Marke kaufen. Mit der erhöhten Nachfrage würde zwar auch das Angebot an Billigware steigen, weil die Produktion nicht mehr in einzelne Produktvarianten zersplittert ist; dennoch würde sich der Preis bei Aufhebung der Preisbindung auf einem höheren Niveau als dem für die markenlose Ausführung beim zweigleisigen Vertrieb einspielen. Da die billigere Ware nun den gesamten Marktanteil dieses Produkts ausmacht, würden die Käufer, um überhaupt diese Ware zu bekommen, auch einen etwas höheren Preis bezahlen als sie für die anonyme Ware beim zweigleisigen Vertrieb zu zahlen bereit sind. Auch nach Aufhebung der Preisbindung für die gesamte Produktion der betreffenden Marke gelten für die nun preisfreie markierte Ware infolge der Bekanntheit, der Qualitätsgarantie, der aufwendigen Aufmachung u. dgl. andere Angebots- und Nachfrageverhältnisse als für die technisch qualitativ gleiche, aber unmarkierte Ware im Falle eines zweigleisigen Vertriebs.

Weiterhin ist zu bedenken, daß die Selbstkosten des Markenartikels höher liegen als die der anonymen Ware (Werbung, sales promotion, marketing usw.). Ein Absinken des MAPreises auf das Niveau des Preises des anonymen Produkts würde bedeuten, daß der Hersteller im Preis seine Selbstkosten nicht deckt.

Ein anderer Einwand macht den Irrtum des BKA noch deutlicher. Vielfach wird die markenlose Produktvariante vom Hersteller zu einem unter den Selbstkosten liegenden Preis abgesetzt und dieser Verlust im Wege des innerbetrieblichen Ausgleichs aus dem Gewinn des preisgebundenen Markenartikels gedeckt. Bei Aufhebung der Preisbindung muß der Preis für die nun insgesamt preisfrei abgesetzte Produktion über dem "Verlustpreis" liegen, da der Unternehmer auf lange Sicht betrachtet auf eine Deckung seiner Vollkosten nicht verzichten kann.

Es steht somit fest, daß auch im Falle von Absatzschwierigkeiten der nach den Marktverhältnissen sich für die markierte Ware frei entwickelte Preis über dem Betrag der

markenlosen Ausführung liegen würde.

Nicht eingegangen ist das BKA bis jetzt auf den Fall, daß ein Teil der Produktion zu einem höheren gebundenen Preis auf den Markt gebracht wird, während die Restkapazität unter einer Zweitmarke zu einem niedrigeren, aber ebenfalls gebundenen Preis angeboten wird.

Bei konsequenter Weiterentwicklung der vom BKA vertretenen Ansicht käme man hier nach Ansicht Christls¹⁾ zu folgendem Ergebnis: Der höhere gebundene Preis sei hier abermals als Indiz dafür anzusehen, daß die gesamte Erzeugungsmenge dieser Ware nicht zu dem gebundenen höheren Preis abgesetzt werden könne und daß die Preisbindung gesamtwirtschaftlich nicht mehr gerechtfertigt sei. Ob hier beide Preisbindungen oder nur die Bindung des höheren Preises aufzuheben seien, hänge von den Umständen des konkreten Einzelfalles ab. Entspräche der niedrigere gebundene Preis in etwa dem Marktpreis, bestünden gegen diesen unter dem Gesichtspunkt des § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB keine Bedenken. Lägen jedoch beide gebundenen Preise wesentlich über dem Preis, der sich ohne Preisbindung herausbilde (=Marktpreis), so seien beide Preisbindungen wegen ihres Verteuerungseffekts aufzuheben.

Kritisch ist zu dieser Auffassung zu sagen, daß zwar hier der Hersteller auf die Endverbraucherpreise aller Produktvarianten Einfluß nimmt, so daß insoweit eine autonome Preispolitik des Handels ausgeschlossen wird, daß aber im übrigen auch für diesen Fall alle oben angeführten Einwendungen gelten. Insbesondere lassen diese Ausführungen unberücksichtigt, daß für eine bekannte Markenware sich immer ein höherer Preis erzielen läßt als für die substanzgleiche Ware unter einer Marke mit geringerer Marktgeltung.

b(2/45) Der zweigleisige Vertrieb als Instrument einer offensiven Marktstrategie

Man wird annehmen dürfen, daß bei Absatzschwierigkeiten mit Hilfe des zweigleisigen Vertriebs notwendig gewordene Preissenkungen vermieden oder doch verzögert werden sollen.

1) Vgl. Christl, Leitender Regierungsdirektor im BKA, persönliche Auskunft auf Anfrage des Verfassers.

Dies gilt auch für den vom BKA untersuchten Strumpffall, wo auf Grund veränderter Verbrauchergewohnheiten Absatzschwierigkeiten bei den herkömmlichen Nahtstrümpfen auftraten.

Die Ansicht des Bundeskartellamtes, daß nur bei Absatzschwierigkeiten Interesse an einem zweigleisigen Vertrieb gegeben sei, trifft jedoch nicht zu. Die Zweigleisigkeit kann ebenso gut als Instrument einer offensiven Marktstrategie eingesetzt werden¹⁾, was zur Folge hat, daß, da kein Nachfragerückgang zu verzeichnen ist, der Markenartikelpreis sich auch ohne Preisbindung im wesentlichen auf dem gleichen Stand halten würde. In dieser Situation kann selbst bei erheblichen Preisunterschieden zwischen den Produktvarianten nicht von einem gesamtwirtschaftlich ungerechtfertigten Preis gesprochen werden. Bezugnehmend auf die Meinung des Bundeskartellamtes weist Mundthal²⁾ richtigerweise darauf hin, daß es zumindest zweifelhaft ist, "ob die Untersuchungen auf dem Gebiet des Strumpfmarktes geeignet sind, um allgemeine Grundsätze für alle Markenartikel zu rechtfertigen".

b(3) Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich festhalten: Die Anwendung des § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB ist beim zweigleisigen Vertrieb nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Preisunterschied zwischen den Produktvarianten im allgemeinen auf unterschiedlichen Fabrikabgabepreisen beruht; diese Vorschrift bekämpft vielmehr jede Verteuerung der gebundenen Ware.

Entgegen der h. M. kann der zweigleisige Vertrieb - auch im Fall erheblicher Preisdifferenzen - nicht als sicheres Indiz einer gesamtwirtschaftlich ungerechtfertigten Preisbildung angesehen werden. Eine solche Folgerung wäre nicht nur unrichtig, sondern hätte unter gesamtwirtschaftlichem Aspekt sogar nachteilige Wirkungen. Die Kartellbehörde muß deshalb in jedem einzelnen Fall genaue Feststellungen über

1) Vgl. oben, S. 39 ff.

2) Mundthal, Der Verbraucher 1960, S. 71.

Marktlage und Preisbildung treffen, bevor sie sich zu einem Eingreifen nach § 17, I, S. 1, Ziff. 3 GWB entschließt, und darf auch nicht durch eine Blankovollmacht des Gesetzgebers von dieser Pflicht entbunden werden. Die gesetzliche Vermutung des § 17, I, S. 2 GWB hilft dem Kartellamt nicht, sofern es sich der Alternative der Ziff. 3 bedienen will, aus den Schwierigkeiten der Kosten- und Marktuntersuchungen.¹⁾

Wird eine Preisbindung unter Berufung auf diese Bestimmung aufgehoben, so bildet sich entgegen der Ansicht des BKA der Marktpreis für die nun preisfrei verkaufte Markenware zwischen dem vorher gebundenen Markenpreis und dem Preis der billigeren Produktvariante. Abzulehnen ist ferner die Ansicht, daß nur bei Absatzschwierigkeiten Interesse an einem zweigleisigen Vertrieb gegeben sei.

- c) Zweigleisiger Vertrieb und Wegfall der Gültigkeitsvoraussetzungen der Preisbindung (§ 17, I, S. 1, Ziff. 1 GWB)

Während in den Fällen des § 17, I, S. 1, Ziff. 2 und 3 GWB die Verfügung der Kartellbehörde konstitutiv wirkt, kann die Behörde bei § 17, I, S. 1, Ziff. 1 GWB, der sich auf fehlende bzw. nicht mehr bestehende Gültigkeitsvoraussetzungen der Preisbindung bezieht, nur deklaratorisch die de lege bereits bestehende Nichtigkeit der Preisbindung feststellen.²⁾

Eine nach § 15 GWB nichtige Vereinbarung kann nicht mehr für unwirksam erklärt werden, wenn der Bereich des § 16 GWB nicht eingehalten wurde. Praktische Erwägungen jedoch ließen diese Form des behördlichen Einschreitens für wünschenswert erscheinen, obgleich die Nichtigkeit nicht ausdrücklich bestätigt werden muß.

Die Verfügung des Bundeskartellamtes nach § 17, I, S. 1, Ziff. 1 GWB schafft für alle Beteiligten klare Verhältnisse; sie beseitigt das ganze Preisbindungssystem, während die gerichtliche Entscheidung, die die Nichtigkeit eines ein-

1) Gl.A. Schwartz, im Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar, S. 135.

2) Vgl. Rasch/Westrick, a.a.O., Rdz. 2 zu § 17 GWB; Tetzner, Kartellrecht, S. 111 mit weiteren Nachweisen.

zelnen Preisbindungsvertrages feststellt, nur Rechtskraft inter partes hat.¹⁾

c₍₁₎ Unwirksamkeitserklärung der vertikalen Preisbindung
beim zweigleisigen Vertrieb nach § 17, I, S. 1, Ziff.
1 GWB

Im folgenden soll die Frage untersucht werden, ob die Kartellbehörde beim zweigleisigen Vertrieb die vertikale Preisbindung des über das erste Gleis als preisgebundenen Markenartikel abgesetzten Teils der Produktion für unwirksam erklären kann, da evtl. die in § 16 GWB geforderten Voraussetzungen für die Freistellung der vertikalen Preisbindung vom generellen Verbot des § 15 GWB nicht oder nicht mehr vorliegen.

Außer den in § 16 GWB ausdrücklich genannten Voraussetzungen (Markenware, Preiswettbewerb mit gleichartigen Erzeugnissen usw.) sehen Linhard-Stöhr²⁾ die Lückenlosigkeit der vertikalen Preisbindung als eine kartellrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung an. Die Lückenlosigkeit ist nach ihrer Auffassung "nicht mehr wie bisher nur zivilrechtliche Voraussetzung für wirksame Preisbindungsverträge, sondern kartellrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung. Das ergibt sich aus dem Diskriminierungsverbot der §§ 25 ff GWB."

Da der zweigleisige Vertrieb unter bestimmten Voraussetzungen zur Lückenhaftigkeit der vertikalen Preisbindung des preisgebundenen Markenartikels führt, müßte diese lückenhafte Preisbindung, wenn die Ansicht von Linhardt-Stöhr als richtig unterstellt wird, wegen Fehlens einer Zulässigkeitsvoraussetzung des § 16 GWB, nämlich der Lückenlosigkeit, gem. § 17, I, S. 1, Ziff. 1 GWB für unwirksam erklärt werden. Das Problem der mißbräuchlichen Handhabung der vertikalen Preisbindung und damit die Anwendung des § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB würde bei einer derartigen kartellrechtlich unzulässigen vertikalen Preis-

1) Vgl. Völp, Preisbindung für Markenartikel, S. 71 f.

2) Vgl. Linhard-Stöhr, BB 1957, S. 1023; vgl. ferner Fikentscher, Die vertikale Preisempfehlung, S. 31; v. Brunn, Der Betrieb 1958, S. 129.

bindung überhaupt nicht mehr aktuell.

c(2) Kritische Stellungnahme

Die entscheidende Frage im Hinblick auf die Richtigkeit dieses Ergebnisses geht dahin, ob die Lückenlosigkeit einer vertikalen Preisbindung tatsächlich eine kartellrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung des § 16 GWB ist. Diese Frage muß aus folgenden Gründen verneint werden:

Zu Recht weist Langen¹⁾ darauf hin, daß § 26, II GWB ein selbständiger Tatbestand im GWB ist, aus dem keine Zulässigkeitsvoraussetzung des § 16 GWB hergeleitet werden kann. Weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte des § 16 GWB enthalten einen Hinweis, daß der Gesetzgeber der Lückenlosigkeit die von Linhard-Stöhr angenommene kartellrechtliche Bedeutung beigemessen hat. Trotz der eingehenden Gesetzgebungsarbeit, die mit der Ausnahmenvorschrift des § 16 GWB verbunden war, findet sich weder in den umfangreichen Materialien noch im Gesetzestext der kleinste Anhaltspunkt dafür, daß die Lückenlosigkeit als eine nach § 16 GWB wesentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit der vertikalen Preisbindung anzusehen ist.

Ferner ist zu beachten, daß es wirtschaftsrechtlich überhaupt nicht erforderlich ist, eine lückenhafte vertikale Preisbindung nach § 16 GWB für kartellrechtlich unzulässig zu halten. Die Interessen des Herstellers und der gebundenen Händler werden in ausreichendem Maße durch das BGB und das UWG geschützt. Zur Sicherung der verbleibenden gesamtwirtschaftlichen Belange ist eine Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde auf der Grundlage des § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB voll ausreichend.

Als weiterer Einwand läßt sich anführen, daß sowohl in Rechtsprechung als in Rechtslehre auch nach Inkrafttreten des GWB die zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten bei Lückenhaftigkeit der vertikalen Preis-

1) Vgl. Langen, a.a.O., § 16, Rdz. IV, vor 1; Völp, WRP 1958, S. 356; Mayer-Wegelin, a.a.O., Rdz. 5 zu § 16 GWB; Kosiek, a.a.O., S. 176.

bindung nach den überkommenen Grundsätzen beurteilt werden. An keiner Stelle wird die Frage aufgeworfen, ob die lückenhafte vertikale Preisbindung nicht etwa nach § 17, I, S. 1, Ziff. 1 GWB wegen Fehlens einer kartellrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzung unzulässig sei.

Gegen den aus dem Diskriminierungsverbot des § 26, II GWB gezogenen Schluß, daß die Lückenlosigkeit der vertikalen Preisbindung eine kartellrechtliche Zulässigkeitsvoraussetzung sei, spricht ferner, daß es auch lückenhafte vertikale Preisbindungen geben kann, deren Durchführung nicht gegen § 26, II GWB verstößt. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn die Durchbrechung des Systems generell geduldet wird, da hier kein Händler i. S. d. § 26, II GWB diskriminiert wird; die vertikale Preisbindung ist aber lückenhaft.¹⁾

c(3) Ergebnis

Da die Lückenlosigkeit der vertikalen Preisbindung bei Markenwaren keine Zulässigkeitsvoraussetzung des § 16 GWB ist, kann die Kartellbehörde die vertikale Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb nicht mit dem Argument für unwirksam erklären, die "Zulässigkeitsvoraussetzung" der Lückenlosigkeit der vertikalen Preisbindung liege nicht oder nicht mehr vor.

2. Zweigleisiger Vertrieb und § 26, II GWB

§ 26, II GWB verbietet unter bestimmten Voraussetzungen die unbillige Behinderung und ungerecht unterschiedliche Behandlung Dritter im Geschäftsverkehr.²⁾

Das deutsche Recht geht vom Grundsatz der Vertragsfreiheit aus. Prinzipiell kann jedes Unternehmen sich seine Geschäftspartner selbst aussuchen und zu unterschiedlichen

1) Vgl. Völz, WRP 1958, S. 356.

2) Vgl. Müller-Gries, a.a.O., Rdz. 18 zu § 26 GWB; Rasch/Westrick, a.a.O., Rdz. 13 zu § 26 GWB; Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 1 zu § 26 GWB.

Bedingungen kontrahieren. Eine Einschränkung erfährt diese Freiheit durch § 26, II GWB für bestimmte Kategorien von Unternehmen, soweit eine Diskriminierung i. S. einer ungerechtfertigt unterschiedlichen Behandlung oder einer unbilligen Behinderung erfolgt.¹⁾

Während das nordamerikanische Recht ein allgemeines Diskriminierungsverbot enthält (Clayton Act 1914, Robinson-Patman Act 1930), verbietet das GWB die Diskriminierung nur Kartellen und Einzelunternehmen, die entweder marktbeherrschend sind oder die Verkaufspreise ihrer Abnehmer von Markenwaren vertikal gebunden haben.²⁾ Ein allgemeines Diskriminierungsverbot würde der ratio legis nicht entsprechen, denn dieses würde preiserstarrend wirken, damit einem Zwangskartell gleichkommen und somit den Wettbewerb behindern.³⁾ Die Gefahr einer Verfälschung des Wettbewerbs ist vielmehr erst dann gegeben, wenn Unternehmen mit Marktmacht durch Preisdifferenzierungen ihre Macht mißbrauchen.⁴⁾

Das Diskriminierungsverbot knüpft an eine Machtstellung an. Es gilt somit immer nur für den Markt, auf dem diese Machtstellung besteht bzw. sich auswirken kann. Bei Unternehmen, die nur als preisbindende Unternehmen unter den § 26, II GWB fallen, erstreckt sich das Diskriminierungsverbot nur auf die preisgebundenen Artikel.⁵⁾

§ 26, II GWB verbietet die unbillige Behinderung und die sachlich ungerechtfertigt unterschiedliche Behandlung (Diskriminierung im engeren Sinn). Während das Verbot der unbilligen Behinderung in erster Linie wettbewerbsbezogen ist und damit vor allem dem Schutz der Konkurrenten des Diskriminierenden dienen soll, beabsichtigt das Verbot der

1) Eine mitbewerberbezogene Diskriminierung kann als Wettbewerbshandlung auch unlauter sein nach § 1 UWG.

2) Zum Problem, ob es sachgerecht ist, das Diskriminierungsverbot außer auf Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen auch auf preisbindende Unternehmen zu erstrecken, vgl. vor allem Krahe, BB 1961, S. 1303; Völp, MA 1961, S. 279 ff. und MA 1968, S. 59 f.

3) Vgl. Ewald, WRP 1967, S. 379 f.

4) A.A. Summerer, Die ungleiche Behandlung von Kunden, Düsseldorf 1958, S. 11.

5) Vgl. GRUR 1964, S. 108.

ungerechtfertigt unterschiedlichen Behandlung den Schutz der Unternehmen einer anderen Wirtschaftsstufe. Dort soll der gleiche Start, die "par conditio concurrentium" sichergestellt werden.¹⁾

Entsprechend der Zielsetzung des Gesetzes, die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft zu erhalten, ist als schutzberechtigter Diskriminierter jedes Unternehmen anzusehen, das durch die Diskriminierung wettbewerblich benachteiligt wird.²⁾ Als diskriminierte Unternehmer kommen somit Lieferanten, Abnehmer und auch Mitbewerber des Diskriminierenden in Betracht. § 26, II GWB verbietet nur die Diskriminierung von Unternehmen, nicht auch von Letztverbrauchern.³⁾

- a) Zweigleisiger Vertrieb und sachlich ungerechtfertigt unterschiedliche Behandlung durch ein preisbindendes Unternehmen (§ 26, II, 2. Alt., GWB)

Da bei der Preisspaltung der markierte und preisgebundene Teil der Produktion im allgemeinen teurer verkauft wird als die preisfreie "Zweit-Gleis-Ware" erhebt sich die Frage, ob der zweispurig fahrende Fabrikant die gebundenen Händlerabnehmer gegenüber den Nicht-Packgeschäften ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt und somit gegen das Diskriminierungsverbot des § 26, II, 2. Alternative verstößt.⁴⁾

- a(1) Zur Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 26, II GWB beim zweigleisigen Vertrieb

Die Feststellung und Beurteilung einer unterschiedlichen Behandlung setzt vergleichbare Tatbestände voraus. Das Gesetz selbst nennt dabei als ein Erfordernis für die Vergleichbarkeit die Verhaltensweisen gegenüber gleichartigen

1) Vgl. Fikentscher, WuW 1958, S. 259; vgl. ferner Kober, WuW 1965, S. 106 f.

2) Vgl. WuW/E BGH 131.

3) Für marktbeherrschende Unternehmen reicht § 22 GWB insofern weiter, als dort auch das Verhalten gegenüber den Letztverbrauchern der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde unterstellt ist.

4) Vgl. dazu auch Martino, MA 1966, S. 542.

Unternehmen. Daneben ist jedoch zu beachten, daß nur gleiche Leistungen zueinander in Beziehung gesetzt werden können. Das Erfordernis der gleichartigen Leistung bzw. gleichartigen Ware wird deshalb in der Literatur übereinstimmend als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 26, II GWB angesehen.¹⁾ Die ungerechtfertigte Gleichbehandlung verschiedener Tatbestände ist nach dem Wortlaut dieser Bestimmung nicht verboten; § 26, II GWB greift somit nicht ein, wenn für verschiedene Waren unterschiedliche Preise verlangt werden.

Ob § 26, II GWB beim zweigleisigen Vertrieb überhaupt anwendbar ist, ist demnach davon abhängig, ob diese Bestimmung nur differierende Preise bei technisch und wirtschaftlich identischen Waren untersagt oder auch die unterschiedliche Preisgestaltung bei unterschiedlich markierten Waren und anderen Produktvarianten verbietet. Entscheidend ist somit, ob die Produktvarianten beim zweigleisigen Vertrieb als "gleichartige Waren" i. S. dieser Bestimmung anzusehen sind.

a(1/1) Der Begriff der gleichartigen Waren

Die Antwort auf die Frage nach einer Definition des Begriffes "gleichartige Ware" ist in der Literatur umstritten.

a(1/11) Der Begriff der gleichartigen Waren im weiteren Sinn

Diese Auffassung wird vor allem von Benisch²⁾ vertreten. Er versteht unter gleichartigen Waren funktionell austauschbare Waren, d. h. Waren, die einen annähernd gleichen Verwendungszweck haben. Gleichartigkeit setze jedoch nicht völlige Identität aller Merkmale voraus. Gleichartig sei eine Ware bereits dann, wenn sie nach der Verkehrsauffassung geeignet sei, dasselbe Bedürfnis zu befriedigen. Dabei

1) Vgl. Frankfurter Kommentar, Rdz. 68 zu § 26 GWB; Müller-Gries, a.a.O., Rdz. 30 zu § 26 GWB; Summerer, a.a.O., S. 18; Gentz, WuW 1961, S. 605; Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 44.

2) Vgl. Benisch, im Gemeinschaftskommentar, Rdz. 37 zu § 26 GWB; ferner BKA, MA 1966, S. 411.

könnten zwischen gleichartigen Waren sowohl technische als auch wirtschaftliche Unterschiede bestehen, denn auch die Preise unterschiedlicher Waren ließen sich daraufhin prüfen, ob sie etwa in bezug auf die Kosten oder den Wiederverkaufswert verhältnismäßig verschieden seien.¹⁾

a(1/12) Der Begriff der gleichartigen Waren im engeren Sinn

Nach dieser Ansicht hat man als gleichartige Waren nicht schon Waren anzusehen, die nach der Verkehrsauffassung einen annähernd gleichen Verwendungszweck haben, sondern nur solche, "die der Verkehr als ohne weiteres gegeneinander austauschbar ansieht".²⁾ Dies ist, da im allgemeinen der Wiederverkaufswert verschieden markierter Waren unterschiedlich ist, beim zweispurigen Vertrieb nur ausnahmsweise der Fall, so z. B. dann, wenn es sich bei der über das erste Gleis abgesetzten Ausführung um eine "junge Marke" oder um einen Pseudo-Markenartikel handelt. Hier kann es durchaus vorkommen, daß in bezug auf den mit der Herstellermarke versehenen Teil der Produktion keine Verbraucherpräferenzen bestehen.

Nach dieser Auffassung ist also nicht entscheidend, ob die Waren lediglich substituierbar sind, sondern vielmehr, ob der Verbraucher sie tatsächlich auch "ohne weiteres" substituiert.

a(1/13) Der Begriff der gleichartigen Waren im engsten Sinn

Der Begriff "gleichartige Waren" läßt sich auch in einem sehr engen Sinn fassen, demzufolge als gleichartig nur Waren angesehen werden, die wirtschaftlich und technisch identisch sind.

Daß diese Auffassung nicht der ratio legis entspricht, geht bereits daraus hervor, daß dann für jedes der unterschiedlich markierten Produkte ein Sondermarkt bestehen würde, auf dem ein Preiswettbewerb gleichartiger Waren nicht mehr

1) Vgl. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 45.

2) Frankfurter Kommentar, Rdz. 68 zu § 26 GWB; vgl. ferner Schwartz, im Gemeinschaftskommentar, Rdz. 24 zu § 16 GWB; Gentz, WuW 1961, S. 606; WuW/E OLG 463.

gegeben und eine vertikale Preisbindung damit unzulässig wäre.¹⁾

Um ein Urteil fällen zu können, welche Auslegung dem Zweck des Gesetzes und der Vorstellung des Gesetzgebers entspricht und ob die Produktvarianten des zweigleisig vertreibenden Herstellers "gleichartig" sind, ist es zweckmäßig, zunächst aufzuzeigen, zu welchen Ergebnissen die unterschiedlichen Auslegungen des Begriffes "gleichartige Ware" führen.

a(1/2) Unterschiedliche Rechtsfolgen bei unterschiedlicher Auslegung des Begriffs der gleichartigen Waren

a(1/21) Rechtsfolgen bei der Definition im engeren Sinn

Folgt man der einschränkenden Auffassung, so bedeutet die unterschiedliche Preisstellung des zweigleisig vertreibenden Herstellers grundsätzlich keinen Verstoß gegen das Verbot des § 26, II GWB, da bedingt durch die unterschiedliche Markierung die einzelnen Ausführungen grundsätzlich unterschiedliche Wiederverkaufswerte haben und somit zwar funktionell austauschbar sind, vom Verkehr aber nicht als ohne weiteres gegeneinander austauschbar angesehen werden. Dies würde, wie Jacob-Steinorth richtig ausführt²⁾, auch für den Fall unverhältnismäßiger Preisunterschiede zwischen den Produktvarianten gelten, die die Wettbewerbslage auf der Wiederverkäufersebene zu Ungunsten der gebundenen Händlerabnehmer verzerren, da das Erfordernis der "gleichartigen Waren" nicht erfüllt ist. Die unterschiedliche Behandlung würde bei nicht gleichartigen Waren erfolgen.

a(1/22) Rechtsfolgen bei der Definition im weiteren Sinn

Geht man wie Benisch davon aus, daß alle Waren mit einem annähernd gleichen Verwendungszweck - unabhängig von der wirtschaftlichen und/oder technischen Identität - als gleichartig anzusehen sind, dann kann eine unterschiedliche

1) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 25, 26 zu § 16 GWB.

2) Vgl. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S.46.

Preisstellung für die Produktvarianten beim zweigleisigen Vertrieb eine unterschiedliche Behandlung i. S. von § 26, II GWB bedeuten.

a_(1/3) Eigene Stellungnahme

Ausgehend von der Zielsetzung des GWB, der Sicherung und Förderung des Wettbewerbs zu dienen, läßt sich feststellen, daß der Gesetzgeber den Begriff "gleichartige Waren" nicht im eingeschränkten Sinn interpretiert wissen wollte, sondern im weiteren Sinn. Eine Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferenebene stellt sich nicht nur dann ein, wenn für identische Waren unterschiedliche Preise vom Hersteller verlangt werden, sondern auch dann, wenn bei Produktvarianten mit unterschiedlichem Wiederverkaufswert,¹⁾ d. h. bei funktionell austauschbaren Waren, die Preisdifferenz zwischen markierter und anonymer Ware bzw. zwischen unterschiedlich markierten Waren größer ist als der Reflex der bestehenden Verbraucherpräferenzen. Der Preisunterschied ist in diesem Fall unverhältnismäßig groß.²⁾ Würde man den Begriff "gleichartige Waren" nur im eingeschränkten Sinne verwenden, so würde man nur die eine der beiden gleich gefährlichen diskriminierenden Maßnahmen erfassen, was aber nicht dem Gesetzeszweck entspricht.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß die Anwendung des § 26, II GWB (2. Alternative) beim zweigleisigen Vertrieb nicht schon deshalb ausgeschlossen werden kann,³⁾ weil die einzelnen Produktvarianten im allgemeinen wirtschaftlich nicht identisch sind. Eine einschränkende Interpretation des Begriffes "gleichartige Waren" läßt sich nach dem Zweck

1) Werden unterschiedlich markierte Waren ausnahmsweise für ohne weiteres gegeneinander austauschbar angesehen, dann führt bereits ein absoluter Unterschied der Fabrikabgabepreise zu einer Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferenebene.

2) Eine Diskriminierung durch unverhältnismäßige Preisunterschiede ist auch ohne Preisbindung der über das erste Gleis abgesetzten Ware möglich, nämlich dann, wenn es sich beim zweigleisig vertreibenden Unternehmen um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt. Zur Frage, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen die Preise seiner MA binden darf, vgl. Christl, WRP 1962, S. 353; KG WuW/E OLG 465.

3) A.A. Kracht, NJW 1960, S. 1233.

des GWB nicht rechtfertigen. Dem Diskriminierungsverbot des § 26, II GWB unterliegen vielmehr alle funktionell austauschbaren Waren.

- a⁽²⁾ Unterschiedliche Behandlung der gebundenen Händler-abnehmer durch den zweigleisig vertreibenden Hersteller

Voraussetzung für eine ungerechtfertigt unterschiedliche Behandlung der gebundenen Händlerabnehmer beim zweigleisigen Vertrieb ist überhaupt eine unterschiedliche Behandlung dieser Händlergruppe. Unterschiedliche Behandlung von Kunden und Lieferanten sind im Geschäftsverkehr üblich und grundsätzlich auch erlaubt;¹⁾ Eine Ausnahme enthält § 26, II GWB insoweit, als den dort genannten Kategorien von Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen Unterscheidungen verboten sind.

Eine unterschiedliche Behandlung von Abnehmern gegenüber gleichartigen Unternehmen kann seinen sichtbaren Ausdruck im Vertragsabschluß oder Vertragsinhalt finden. Die Diskriminierung kann in einer völligen oder teilweisen Verweigerung des Geschäftsverkehrs bestehen, in einer unterschiedlichen Gestaltung der Preise, Rabatte, Konditionen, in Abweichungen der Quantität und Qualität.²⁾

Berücksichtigt man beim zweigleisigen Vertrieb nur den als preisgebundenen Markenartikel abgesetzten Teil der Produktion, so läßt sich keine unterschiedliche Behandlung der gebundenen Händler feststellen. Diese verkaufen den Markenartikel zu einem einheitlichen Preis; keiner von ihnen wird aus Preiserwägungen vom Verbraucher vorgezogen.

Diese Situation ändert sich aber, wenn man den Markt der zweiseitig vertriebenen Produktion in seiner Gesamtheit betrachtet. Die unterschiedlich markierten Ausführungen weichen z. T. im Preis erheblich voneinander ab. Ob hier eine Diskriminierung der gebundenen Händler gegenüber den

1) Vgl. WuW/E BGH 227 = NJW 1958, S. 1140; WuW/E BKartA 96.

2) Vgl. Benisch, im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Rdz. 44 zu § 26 GWB; Rasch/Westrick, a.a.O., Rdz. 31 zu § 26 GWB.

mit der billigeren Ware belieferten Abnehmern vorliegt,¹⁾ durch die erstere wettbewerblich benachteiligt werden,²⁾ ist von den Wiederverkaufswerten der betreffenden Erzeugnisse abhängig. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt,³⁾ liegt beim zweigleisigen Vertrieb eine unterschiedliche Behandlung i. S. des § 26, II GWB dann vor, wenn die Fabrikabgabepreise nicht entsprechend den Wiederverkaufswerten der über getrennte Absatzkanäle vertriebenen Produktvarianten festgesetzt werden. Hier werden die Abnehmer der im Verhältnis teureren Ware im Wettbewerb mit den Abnehmern der billigeren Produktvariante behindert, da sie durch den ungünstigeren Kaufpreis finanziell geschwächt und damit der Möglichkeit beraubt werden, sich entsprechend ihren Fähigkeiten durchzusetzen.

Der mit der ungleichen Behandlung verbundene Wettbewerbsnachteil wird durch die Preisbindung noch verstärkt, da diese die teurer einkaufenden Händler daran hindert, durch eine Senkung ihrer Verdienstspanne den Wettbewerbsvorsprung der Konkurrenten ganz oder teilweise zu kompensieren.

a⁽³⁾ Rechtfertigungsgründe des zweigleisig vertreibenden Herstellers

Auch bei einer unverhältnismäßigen Preisgestaltung kann sich der zweigleisig vertreibende Hersteller gegen den Vorwurf, sein zweigleisiger Vertrieb verstoße gegen § 26, II GWB, damit verteidigen, daß die Schlechterstellung der gebundenen Händlerabnehmer gegenüber den Abnehmern der billigeren Ausführung nicht in einem Geschäftsverkehr erfolge, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich sei, und/oder daß die Diskriminierung sachlich gerechtfertigt sei.

1) Vgl. Summerer, a.a.O., S. 11.

2) Im Gegensatz zu Dekartellierungsgesetz erklärt § 26, II GWB nicht ausdrücklich, daß die unterschiedliche Behandlung den Wettbewerb verletzen muß. Dies kann jedoch aus der Zielsetzung des Gesetzes entnommen werden. Das Verbot richtet sich nur gegen solche Unternehmen, die den Wettbewerb in erheblichem Maße beeinflussen können. Auf den Wettbewerb wird ferner dadurch abgestellt, daß die Diskriminierung in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr verboten wird.

3) Vgl. oben, S. 115 ff.

a(3/1) Der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugängliche Geschäftsverkehr

a(3/11) Fachgeschäft und Nicht-Fachgeschäft als gleichartige Unternehmen i. S. d. § 26, II GWB

Zur tatbestandsmäßigen Erfüllung des § 26, II GWB genügt es nicht, daß der zweigleisig vertreibende Markenartikelhersteller irgendwelche Händlerabnehmer unterschiedlich behandelt; da Diskriminierungen nach dieser Vorschrift nur verboten sind, wenn sie in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr erfolgen, muß es sich bei den Abnehmern der markierten und preisgebundenen Ware (Fachgeschäfte) und den Abnehmern der unmarkierten und preisfreien Ware um gleichartige Unternehmen i. S. dieser Vorschrift handeln.

Die Beurteilung der Gleichartigkeit mehrerer Unternehmen erfolgt zweckmäßigerweise nach der von ihnen im Geschäftsverkehr ausgeübten Tätigkeit. Als gleichartig hat man somit alle Unternehmen anzusehen, deren Tätigkeit nach Funktion und Gegenstand im Rahmen eines Produktions- und Verteilungsprogramms grundsätzlich übereinstimmt.¹⁾ Dennoch wird auf der Einzelhandelsstufe vielfach die Gleichartigkeit zwischen Fachgeschäft und sonstigen Betriebsformen des Einzelhandels verneint. Entscheidend ist hier nicht allein die Übereinstimmung der Tätigkeit nach Funktion und Gegenstand, sondern vielmehr die Art und Weise, wie diese Tätigkeit ausgeübt wird. Die Frage nach der Gleichartigkeit zwischen Fachgeschäft und sonstigen Betriebsformen des Einzelhandels kann im allgemeinen nicht einheitlich, sondern immer nur in bezug auf eine bestimmte Branche bzw. Warengattung entschieden werden. Gleichartigkeit zwischen Fachgeschäft und fachlich nicht geschultem Einzelhandel besteht nach Tetzner²⁾ nur dann, wenn es sich um sog. problemlose Waren handelt, d. h. um Waren, deren Vertrieb keine fachlichen Kenntnisse erfordert und für die kein Kundendienst nötig ist, und wenn

1) Vgl. Frankfurter Kommentar, Rdz. 87 zu § 26 GWB; Christl, WRP 1959, S. 229; LG Köln, MA 1960, S. 210; WuW/E OLG 253; OLG München, NJW 1959, S. 943; OLG Celle, MA 1967, S. 363 mit weiteren Nachweisen.

2) Vgl. Tetzner, Kartellrecht, S. 182; gl.A. Krahe, BB 1961, S. 1306.

beim Verbraucher nicht die Vorstellung besteht, die vom Fachgeschäft vertriebenen Produkte seien qualitativ höher einzustufen.

Die Frage, ob ein zweigleisig vertreibender Hersteller sich wirksam gegen den Vorwurf, seine Doppelgleisigkeit verstoße gegen § 26, II GWB, mit dem Hinweis wehren kann, die von ihm unterschiedlich behandelten Händlerabnehmer seien keine gleichartigen Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift, ist m. E. zu verneinen. Da die dem Markenartikel gleichartige billigere Ausführung üblicherweise über das Nicht-Fachgeschäft vertrieben wird, kann man wohl nicht mehr sagen, daß es in bezug auf die zweigleisig vertriebene Produktion an der Gleichartigkeit der belieferten Händlerabnehmer fehlt.

Überhaupt sollte man bei der Beurteilung der Gleichartigkeit verschiedener Unternehmen nicht zu enge Maßstäbe anlegen, da Unterschiede, die zu geringfügig sind, als daß man schon die Gleichartigkeit der vom zweigleisig vertreibenden Hersteller unterschiedlich behandelten Händlerabnehmer verneinen könnte, doch einen sachlich gerechtfertigten Grund für die unterschiedliche Preisberechnung darstellen können.¹⁾

a(3/12) Der üblicherweise zugängliche Geschäftsverkehr

Zu der unterschiedlichen Behandlung gleichartiger Unternehmen durch die Zweigleisigkeit muß als weitere Voraussetzung des § 26, II GWB hinzukommen, daß die Diskriminierung in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr erfolgt. Ist dies nicht der Fall, so können sich die gebundenen Händlerabnehmer nicht auf das Diskriminierungsverbot berufen, auch wenn sie ohne sachlich gerechtfertigten Grund schlechter behandelt werden als die mit der billigeren Ware belieferten Nicht-Fachgeschäfte.

Ob ein Geschäftsverkehr²⁾ gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, wird im allgemeinen nach objekti-

1) Vgl. Frankfurter Kommentar, Rdz. 92 zu § 26 GWB.

2) Vgl. Tetzner, Kartellrecht, S. 172.

ven Gesichtspunkten bestimmt, nämlich nach dem branchenüblichen Geschäftsverkehr zwischen Herstellern und Abnehmern. Nach dem BGH-Urteil vom 20.11.1964¹⁾ kommt es darauf an, "was sich innerhalb der in Betracht kommenden Kreise in natürlicher wirtschaftlicher Entwicklung als allgemein geübt und als angemessen empfunden herausgebildet hat". Entscheidend ist hier also, wie die in Frage kommende Warengattung von der Mehrzahl der Händler im allgemeinen vertrieben wird.²⁾ Ein Geschäftsverkehr ist somit dann gleichartigen Unternehmen gewöhnlich zugänglich, wenn diese sich im allgemeinen in ihm betätigen können. Dies richtet sich wiederum nach dem Verhalten desjenigen, der den Geschäftsverkehr eröffnet. Hat ein Lieferant bisher alle Händler, die bei ihm bestellten, beliefert, so ist der Geschäftsverkehr zu ihm üblicherweise zugänglich.

Im Zusammenhang mit dem zweigleisigen Vertrieb bedarf diese Frage keiner weitergehenden Untersuchung.

Da der zweigleisig vertreibende Hersteller seine Produktion teils markiert über das einschlägige Branchenfachgeschäft, teils unmarkiert bzw. anders markiert, aber preisfrei, über das Nicht-Fachgeschäft absetzt und insoweit Gleichartigkeit zwischen den einzelnen Abnehmergruppen besteht, erfolgt - sofern die Preisunterschiede zwischen den Produktvarianten größer sind als die unterschiedlichen Wiederverkaufswerte - die Schlechterstellung der gebundenen Händler gegenüber den Abnehmern der billigeren Produktvariante in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr.

a_(3/2) Der sachlich gerechtfertigte Grund

Selbst wenn eine unterschiedliche Behandlung der gebundenen Händler beim zweigleisigen Vertrieb vorliegt, bedeutet dies noch nicht, daß damit schon eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes des § 26, II GWB gegeben ist. Diese Vorschrift verbietet nicht jede unterschiedliche

1) WRP 1965, S. 117.

2) Vgl. Tetzner, Kartellrecht, S. 182; Benisch, im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Rdz. 39 zu § 26 GWB.

Behandlung, sondern nur die ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgende Unterscheidung.¹⁾

a(3/21) Der Begriff des sachlich gerechtfertigten Grundes

Bei der Untersuchung, ob eine unterschiedliche Behandlung sachlich gerechtfertigt ist, scheint es zweckmäßig, von dem Tatbestand der Vertragsfreiheit auszugehen. Grundsätzlich ist es dem Unternehmer freigestellt, ob, mit wem und zu welchen Bedingungen er kontrahieren will. Der potentielle Vertragspartner kann seinerseits, wenn ihm die Bedingungen nicht genehm sind, vom Vertragsabschluß absehen und sich anderen Nachfragern oder Anbietern zuwenden.

Von diesem grundsätzlichen Recht auf Vertragsfreiheit wird in § 26, II GWB für bestimmte Unternehmen eine Ausnahme gemacht, wenn durch deren Marktmacht die normalen Reaktionen des Marktgegners beeinträchtigt werden. Die Kunden marktbeherrschender Unternehmen - der Gesetzgeber unterstellt, daß auch Preisbinder stets zu ihnen gehören²⁾ - haben keine ausreichende Möglichkeit, auf andere Lieferanten auszuweichen.³⁾ Eine unterschiedliche Behandlung führt hier zu einer Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäufersebene.

1) Auch preisbindende Unternehmen können diesen Einwand geltend machen. In anderem Zusammenhang wurde ausgeführt, daß ein zweigleisiger Vertrieb mit unverhältnismäßigen Preisunterschieden zwischen preisgebundenen Markenartikel und preisfreier Ware wegen der nach Treu und Glauben unzulässigen Benachteiligung der gebundenen Abnehmer der Preisbindung die Durchsetzbarkeit nimmt, wobei dem Hersteller keine Rechtfertigungsmöglichkeit zusteht. Daraus läßt sich jedoch nicht die Schlußfolgerung ziehen, dem Preisbinder seien die Verteidigungsmöglichkeiten des § 26, II GWB abgeschnitten.

Anderer Ansicht ist Summerer, S. 13, der im Bereich der vertikal gebundenen Preise die Begriffe Lückenlosigkeit und Nichtdiskriminierung synonym gebrauchen will. Gegen diese Auffassung machen m.E. zu Recht Köhler, BB 1959, S. 692, und Steinorth, S. 47, geltend, daß § 26, II GWB eine mißbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht zu verhindern sucht; nicht jedoch soll durch diese Vorschrift die Kartellbehörde verpflichtet werden, dafür Sorge zu tragen, daß schuldrechtliche Verpflichtungen erfüllt werden. Dies ist vielmehr eine Angelegenheit der ordentlichen Gerichte.

2) Vgl. oben, S. 158 f.; vgl. ferner Ewald, WRP 1967, S. 383.

3) Vgl. WuW/E BKartA 101.

Aus diesem Grund ist den in § 26, II GWB genannten Unternehmen eine unterschiedliche Behandlung nur insoweit gestattet, als sie sachlich gerechtfertigt ist, während im "Normalfall" ein Unternehmen willkürlich differenzieren darf, es sei denn, sein Verhalten sei sittenwidrig i. S. d. § 1 UWG.

Sachlich gerechtfertigt ist die Differenzierung dann, wenn sie auf rationalen wirtschaftlichen Überlegungen beruht. Dies ist dann der Fall, wenn z. B. die Eignung für den Wiederverkauf oder die Verkaufsleistungen der Händlerabnehmer unterschiedlich sind¹⁾ oder wenn die unterschiedliche Behandlung zu dem Zweck erfolgt, eine schlagkräftige Absatzorganisation aufzubauen.²⁾³⁾ Der Hersteller bestimmt als Inhaber des Goodwills seiner Ware, wem er den Vertrieb anvertrauen will.⁴⁾

Besteht hinsichtlich der Person des Marktgegners und seiner Leistung kein Anlaß zur Differenzierung, so ist bei der Beurteilung, ob eine unterschiedliche Besser- oder Schlechterstellung sachlich gerechtfertigt ist, eine Abwägung der

1) In diesem Fall kann es schon am Erfordernis der Gleichartigkeit fehlen.

2) Vgl. Schwartz, MA 1958, S. 51 ff.; Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 45 zu § 26 GWB.

3) Nach Ansicht des Frankfurter Kommentars (Rdz. 75 zu § 26 GWB) ist es nicht entscheidend, ob die unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt ist; entscheidend sei vielmehr, ob der "Grund" sachlich gerechtfertigt ist.

Diese Interpretation würde bedeuten, daß vom Gesetz nur willkürliche Diskriminierungen erfaßt werden, d.h. nur solche Diskriminierungen, denen überhaupt keine sachgemäßen Erwägungen zugrunde liegen. Diese Ansicht ist m.E. abzulehnen, denn der Unternehmer kann immer glaubhaft machen, daß den Diskriminierungen vernünftige betriebswirtschaftliche Überlegungen zugrunde liegen, so daß eine Anwendbarkeit dieser Vorschrift praktisch ausgeschlossen wäre.

Im Zuschnitt auf den zweigleisigen Vertrieb würde diese Interpretation bedeuten, daß der Hersteller sich gegen den Vorwurf, sein zweigleisiger Vertrieb verstoße gegen § 26, II GWB immer wirksam zur Wehr setzen könnte mit dem Argument, die Diskriminierung sei sachlich gerechtfertigt, denn der Anwendung dieser Absatzmethode liegen immer sachgemäße, betriebswirtschaftliche Überlegungen zugrunde.

4) Vgl. Völp, WRP 1958, S. 7.

geschäftlichen Interessen des Diskriminierenden an einer Differenzierung seiner Kunden mit den Interessen der schlechter gestellten Händlerabnehmer auf Gleichstellung mit den Begünstigten vorzunehmen. Im Gegensatz zur Prüfung, ob eine Maßnahme unbillig ist (§ 26, II, 1. Alternative), sind nicht alle Umstände im gleichen Maße zu berücksichtigen, sondern in erster Linie die Interessen des Diskriminierenden. Das Interesse der schlechter gestellten Kunden auf Gleichstellung verdient nur dann den Vorzug, "wenn entweder einzelne Kunden durch die Diskriminierung ihrer Existenzgrundlage beraubt werden oder wenn eine Mehrheit von Kunden in ihrer Wettbewerbsfähigkeit gegenüber dem oder den Bevorzugten empfindlich getroffen wird".¹⁾

Als Grundregel läßt sich festhalten, daß eine Differenzierung immer dann sachlich ungerechtfertigt ist, wenn entsprechende materielle Wettbewerbsbeschränkungen auf der Marktgegenseite hervorgerufen werden. Je stärker die marktbeeinflussende Stellung des Diskriminierenden ist, desto weniger ist die unterschiedliche Behandlung sachlich gerechtfertigt.²⁾

Da es sich bei den vom zweispurig fahrenden Hersteller schlechter behandelten Abnehmern um Fachgeschäfte handelt, die auf Grund ihrer Betriebsstruktur und des qualifizierten Personals prinzipiell für den Warenvertrieb nicht weniger geeignet sind und die Verkaufsleistungen nicht nur nicht ebenso gut wie das Nicht-Fachgeschäft, sondern sogar noch besser ausführen können, ist insoweit eine unterschiedliche Behandlung in Form einer Schlechterstellung nicht gerechtfertigt. Eine unterschiedliche Funktion der Händler, die den Unterschied in den Fabrikabgabepreisen entsprechen würde und eine Unterscheidung rechtfertigen könnte, ist somit nicht vorhanden. Im Gegenteil: spezifische Fachhandelsfunktionen, die beim Vertrieb von Waren vielfach Bedeutung haben (spezielle Fachkenntnisse, Aufmachung des Fachgeschäfts, Service usw.), fehlen erfahrungsgemäß bei den

1) Fikentscher, WuW 1958, S. 264.

2) Vgl. Fikentscher, WuW 1958, S. 264; Rittner, MA 1958, S. 197; Schwartz, MA 1958, S. 51; Ewald, WRP 1957, S. 252; Kracht, NJW 1960, S. 1231; Gentz, WuW 1961, S. 606 f.

Abnehmern der billigeren Produktvariante.¹⁾

In dieser Situation muß nun eine allgemeine Interessenabwägung vorgenommen werden, wobei die Marktmacht des zweigleisig vertreibenden Unternehmers entscheidend mit zu berücksichtigen ist.

Bei dieser Interessenabwägung stehen sich die Interessen des Herstellers an dieser Verkaufsmethode und die gesamtwirtschaftlich negativen Wirkungen einer Diskriminierung, vor allem die Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferebene, konträr gegenüber. Je stärker diese Verzerrung ist, umso mehr läuft der zweigleisige Vertrieb der Zielsetzung des Gesetzes zuwider und desto schwerer ist er zu rechtfertigen.

Bei der erforderlichen Interessenabwägung erscheint es zweckmäßig, eine Unterscheidung danach zu treffen, ob der zweigleisig vertreibende Markenartikelproduzent nur wegen der vertikalen Preisbindung Adressat des § 26, II GWB ist oder ob er zudem gleichzeitig eine marktbeherrschende Position einnimmt.

a(3/22) Der zweigleisig vertreibende Unternehmer
als Nur-Preisbinder

Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, ist bei der Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung einer Diskriminierung durch ein nur-preisbindendes Unternehmen grundsätzlich ein anderer Maßstab anzulegen als bei marktbeherrschenden Unternehmen und Kartellen. Je weniger Markteinfluß das preisbindende Unternehmen hat, desto mehr können ihm diskriminierende Praktiken erlaubt werden.

Ist der zweigleisig vertreibende Hersteller nur wegen der vertikalen Preisbindung des über das erste Gleis abgesetzten Markenartikels Adressat des Diskriminierungsverbots, so kann der schlechter gestellte Fachhändler immer auf andere gleichartige Produkte ausweichen. Eine Preisbindung ist nach § 16 GWB ja nur dann zulässig, wenn die gebundene

1) Vgl. Gutzler, BB 1967, S. 816.

Ware im Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler steht. Selbst unverhältnismäßige Preisdifferenzen beim zweigleisigen Vertrieb können hier zu keiner nennenswerten Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferebene führen. Ein Verstoß gegen § 26, II GWB ist bei dieser Sachlage nicht gegeben, da das berechnigte Interesse des Unternehmers am zweigleisigen Vertrieb dessen nachteilige Wirkungen aufwiegt und ihm damit die Rechtfertigung gelingt.¹⁾²⁾

Jacob-Steinorth³⁾ gibt ferner zu bedenken, daß bei dieser Interessenabwägung auch die gesamtwirtschaftlich positiv zu bewertenden Auswirkungen der Doppelgleisigkeit zu berücksichtigen sind, so insbesondere deren Fähigkeit, erstarrte Preissysteme aufzulockern.

a(3/23) Der zweigleisig vertreibende Unternehmer als
Preisbinder in einer marktbeherrschenden
Position

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man, wenn es sich bei dem zweigleisig vertreibenden Markenartikelhersteller um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt, das einen Teil seiner Produktion in anderer Aufmachung und zu einem niedrigeren Preis absetzt.

Hier hat der nur mit dem preisgebundenen Markenartikel belieferte Teil der Händlerschaft keine ausreichende Möglichkeit, gleichartige Produkte anderer Hersteller in sein Sortiment aufzunehmen. Eine unverhältnismäßig unterschiedliche Preisgestaltung beim zweigleisigen Vertrieb wird hier in vollem Umfang als Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferebene wirksam. Die Wiederverkäufer der gebundenen Markenware werden in ihrer Wettbewerbsfähigkeit gegenüber den Wiederverkäufern der relativ billigeren Produktvariante stark behindert. Diese nachteiligen Wirkungen

1) Gl.A. Ewald, WRP 1957, S. 250; Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 50.

2) Abzugsgrenzen davon ist die Frage, ob es sachlich gerechtfertigt ist, das Diskriminierungsverbot des § 26, II GWB auch auf preisbindende Unternehmen auszudehnen.

3) Vgl. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 50, Anm. 191.

der Preisspaltung werden in dieser Situation auch durch das Interesse des zweigleisig vertreibenden Herstellers an dieser für ihn vorteilhaften Absatzmethode nicht kompensiert. Eine unverhältnismäßig unterschiedliche Preisgestaltung beim zweigleisigen Vertrieb ist bei dieser Sachlage nach § 26, II GWB unzulässig.¹⁾²⁾

a(4) Ergebnis

Eine einschränkende Interpretation des Begriffes "gleichartige Waren" läßt sich nach dem Sinn des GWB nicht rechtfertigen. Da dem Diskriminierungsverbot des § 26, II GWB alle funktionell austauschbaren Waren unterliegen, ist diese Bestimmung auch beim zweigleisigen Vertrieb grundsätzlich anwendbar.

Sofern der Preisunterschied zwischen den über getrennte Absatzwege vertriebenen Produktvarianten größer ist als der entsprechende Reflex der Verbraucherpräferenzen, stellt die Schlechterstellung der gebundenen Händlerabnehmer eine unterschiedliche Behandlung i. S. d. § 26, II GWB dar.

Eine derart unverhältnismäßig unterschiedliche Preisgestaltung ist nach dieser Bestimmung jedoch nur dann unzulässig, wenn der zweigleisig vertreibende Markenartikelhersteller nicht nur als Preisbinder, sondern gleichzeitig auch als Marktbeherrscher Adressat des Diskriminierungsverbots des § 26, II GWB ist. Nur in diesem Fall ist das Interesse des Herstellers am zweigleisigen Vertrieb geringer einzuschätzen als die Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Händlerebene. Die unterschiedliche Behandlung erfolgt hier ohne sachlich gerechtfertigten Grund.

- b) Zweigleisiger Vertrieb und sachlich ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen (§ 26, II, 2. Alt. GWB)

Gegenstand der folgenden Untersuchung soll die Frage sein,

1) Vgl. Gentz, WuW 1961, S. 606 ff.; Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 1142.

2) Zur Frage der Rechtsfolgen vgl. Fikentscher, WuW 1953, S. 265; Kracht, NJW 1960, S. 1233 f.

ob der zweispurig fahrende Hersteller auch gegen § 26, II GWB verstoßen kann, wenn der über das erste Gleis abgesetzte Teil der Produktion als nicht-preisgebundener Markenartikel vertrieben wird. Für den Begriff der Preisspaltung als solchen ist es unerheblich, ob die Wiederverkaufspreise des Markenartikels gebunden sind oder nicht.

b₍₁₎ Unterschiedliche Behandlung gleichartiger Unternehmen

Eine Schlechterstellung der Wiederverkäufer des Markenartikels¹⁾ gegenüber den Wiederverkäufern der markenfreien Ware durch unverhältnismäßige Preisgestaltung ist beim zweigleisigen Vertrieb auch dann möglich, wenn die über das erste Gleis abgesetzte Markenware nicht preisgebunden ist, der zweigleisig vertreibende Unternehmer aber eine marktbeherrschende Position einnimmt.²⁾³⁾ An erster Stelle der in § 26, II GWB genannten Adressaten, die diesem Verbot unterliegen, stehen die marktbeherrschenden Unternehmen. Gem. § 22, I GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes, wenn es für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen keinem oder wenigstens keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist.

-
- 1) Zu den einzelnen Voraussetzungen des § 26, II GWB vgl. oben, S. 159 ff.
 - 2) Zu beachten ist, daß die Verkehrsgeltung eines Markenartikels nicht mit Marktmacht i.S.d. Gesetzes gleichgesetzt werden kann.
 - 3) Marktbeherrschende Unternehmen unterliegen in ihrem Geschäftsgebaren ohnehin einer ständigen Aufsicht der Kartellbehörde. Während § 22 GWB die allgemeine Vorschrift für ein Einschreiten gegen jeden Mißbrauch der Markstellung ist, bezieht sich § 26, II GWB auf die besondere Form des Mißbrauchs, nämlich die Diskriminierung anderer Unternehmen (Baumbach-Hefermehl, Rdz. 32 zu § 26 GWB). Die unverhältnismäßig unterschiedliche Preisgestaltung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann auch einen Mißbrauch beim Fordern oder Anbieten von Preisen i.S.d. § 22, III GWB darstellen (Frankfurter Kommentar, Rdz. 108 zu § 26 GWB). Beide Vorschriften können nebeneinander anwendbar sein. Im Hinblick auf die weitergehenden Rechtsfolgen des § 26, II GWB kommt dieser Gesetzeskonkurrenz nur geringe Bedeutung zu. Liegt keine unterschiedliche Behandlung vor, weil gleichartige Abnehmer ebenso behandelt werden, so ist ein Einschreiten der Kartellbehörde nur nach § 22 GWB möglich. Vgl. unten, S. 182 ff.

Da die betreffenden Branchenfachgeschäfte keine oder doch keine ausreichende Möglichkeit haben, auf andere Lieferanten auszuweichen, und da sie andererseits vom zweigleisig vertreibenden Hersteller nicht mit der billigeren Produktvariante beliefert werden, besteht - so könnte es zunächst scheinen - für sie nur die Alternative, den teureren Markenartikel in das Sortiment zu nehmen oder auf den Vertrieb der betreffenden Ware überhaupt zu verzichten. Diese Wahlmöglichkeit ist jedoch vielfach nur eine theoretische, denn in Wirklichkeit muß das Fachgeschäft oft aus verbraucherpolitischen Gründen den Markenartikel führen, selbst wenn er unverhältnismäßig teurer ist. Der Verbraucher wünscht diesen im Sortiment des Fachhändlers anzutreffen. Ist dies nicht der Fall, so wird jener nicht nur den betreffenden Markenartikel in einem anderen Geschäft kaufen, sondern überhaupt die Einkaufsstätte wechseln.¹⁾

b₍₂₎ Interessenabwägung

Da die Schlechterstellung des Fachgeschäftes gegenüber den anderen, mit der relativ billigeren Produktvariante belieferten Händlern nicht mit Fakten begründet werden kann, die in der Person des Fachhändlers oder seiner Leistung wurzeln, ist eine allgemeine Interessenabwägung vorzunehmen.

Bei dieser Sachlage wird evident, daß ein durch ein marktbeherrschendes Unternehmen praktizierter zweigleisiger Vertrieb mit unverhältnismäßigen Preisdifferenzen zwischen den einzelnen Produktvarianten nicht als sachlich gerechtfertigt angesehen werden kann, da das Interesse des zweigleisig vertreibenden Herstellers an der für ihn positiven Verkaufsmethode die aus ihr resultierenden gesamtwirtschaftlichen Nachteile nicht kompensieren kann. Die Differenzierung muß hier eindeutig als Ausfluß der Machtstellung des Diskriminierenden gewertet werden.²⁾

Dem Diskriminierungsverbot liegt die Auffassung zu Grunde,

1) Vgl. Krahe, BB 1961, S. 1304.

2) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 45 zu § 26 GWB.

daß von marktbeherrschenden Unternehmen ausgehende Diskriminierungen gesamtwirtschaftlich gesehen nachteilig zu bewerten sind. Sie sind einerseits nicht in der Lage, erstarrte Preissysteme aufzulockern, da ja marktbeherrschende Unternehmen immer die Macht haben, das Ausbreiten selektiv gewährter Preisnachlässe zu verhindern, und andererseits wird die Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferenebene erheblich verfälscht, da die diskriminierten Händler keine Ausweichmöglichkeit auf andere Lieferanten haben.

b₍₃₎ Ergebnis

Unverhältnismäßige Preisdifferenzen beim zweigleisigen Vertrieb in der Erscheinungsform nichtpreisgebundener MA und anonyme bzw. anders markierte Ware sind nach § 26, II GWB unzulässig, sofern der zweispurig vertreibende Unternehmer marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes ist. Das Interesse des Herstellers an der für ihn vorteilhaften Vertriebsmethode kann die erhebliche Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferenebene nicht wettmachen.

c) Zweigleisiger Vertrieb und unbillige Behinderung der Mitbewerber (§ 26, II, 1. Alt. GWB)

Da der zweispurig fahrende Unternehmer durch die über das zweite Gleis abgesetzte billigere Ausführung die Absatzmöglichkeiten seiner Mitbewerber beeinträchtigt, stellt sich die Frage, ob in der Preisspaltung eine unbillige Behinderung der Mitbewerber zu sehen ist.¹⁾²⁾

Es handelt sich beim Diskriminierungsverbot des § 26, II GWB um eine Ergänzung des Verbots des unlauteren Wettbewerbs i. S. d. § 1 UWG. Der Unterschied zu § 1 UWG besteht darin, daß dieser den Grund der Unzulässigkeit einer Wettbewerbshandlung in ihrer Sittenwidrigkeit erblickt, während

-
- 1) Zu den Begriffen "gleichartige Unternehmen", "gleichartige Waren", "üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr" vgl. oben, S. 159 ff.
 - 2) Die Frage, ob man unter Behinderung i.S.d. § 26, II GWB ausschließlich mitbewerberbezogene Maßnahmen zu verstehen hat, ist strittig; bejahend u.a. der Frankfurter Kommentar, Rdz. 61 zu § 26 GWB; a.A. Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 39 zu § 26 GWB.

beim Diskriminierungsverbot die Unzulässigkeit der Wettbewerbsbehandlung in der unerwünschten Wettbewerbsbeschränkung liegt. Nicht nur dann, wenn ein Konkurrent den anderen durch diskriminierende Praktiken in sittenwidriger Weise schädigt, ist er diesem zum Schadenersatz und zur Unterlassung verpflichtet (§§ 35 GWB, 823 II BGB), sondern schon dann, wenn - unabhängig von den Maßstäben der guten Sitten - durch die Diskriminierung eine Beschränkung des Wettbewerbs mit anderen Konkurrenten beabsichtigt ist.

C(1) Der zweigleisig vertreibende Unternehmer als
Adressat des Verbots einer unbilligen Behinderung
der Mitbewerber

Bevor die Frage aktuell wird, ob im zweigleisigen Vertrieb eine unbillige Behinderung der Mitbewerber i. S. des § 26, II GWB zu sehen ist, ist zu untersuchen, ob der zweigleisig vertreibende Markenartikelhersteller überhaupt Adressat des Verbots der unbilligen Behinderung der Mitbewerber ist.

Auf den ersten Blick scheint diese Frage eindeutig beantwortbar zu sein, da in § 26, II GWB auch ausdrücklich Unternehmen genannt sind, die die Preise ihrer Markenwaren binden.

Auf die Diskussionen um die Zweckmäßigkeit der Aufnahme von preisbindenden Unternehmen in das Diskriminierungsverbot soll im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Als Begründung für die Aufnahme des Preisbinders in § 26, II GWB wurde angegeben, daß das preisbindende Unternehmen durch die Ausschaltung des Preiswettbewerbs auf der Wiederverkäufer Ebene in eine den marktbeherrschenden Unternehmen ähnliche Marktlage versetzt werde. Ist schon diese Begründung sehr angreifbar,¹⁾ so muß darüber hinaus festgestellt werden, daß der Preisbinder, wenn überhaupt, dann höchstens dem Abnehmer gegenüber in eine einer marktbeherrschenden Stellung ähnliche Lage kommt, nicht aber dem Wettbewerber gegenüber. Eine Preisbindung

1) Vgl. Völz, MA 1961, S. 279 ff.

ist gem. § 16 GWB nur dann zulässig, wenn ein Preiswettbewerb mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler besteht. Der Preisbinder handelt anderen Mitanbietern gegenüber nicht als Preisbinder sondern als Wettbewerber ebenso wie die anderen Wettbewerber auch.

Übereinstimmend mit der h. M.¹⁾ kommt man damit zu der Schlußfolgerung, daß einem Nur-Preisbinder die unbillige Behinderung von Konkurrenten nicht verboten ist. Dem zweigleisig vertreibenden Hersteller ist somit eine unbillige mitbewerberbezogene Behinderung nur dann verboten, wenn er marktbeherrschend i. S. dieses Gesetzes ist.

c(2) Der zweigleisige Vertrieb als unbillige Behinderung der Mitbewerber

Zunächst erscheint es zweckmäßig, den Begriff der unbilligen Behinderung näher zu untersuchen und anschließend die gefundenen Erkenntnisse auf den zweigleisigen Vertrieb zu übertragen.

c(2/1) Der Begriff der unbilligen Behinderung

c(2/11) Der Begriff der Behinderung

Der Begriff der Behinderung i. S. des § 26, II GWB ist dem UWG entnommen. Dort versteht man unter Behinderung nicht bereits jede Beeinträchtigung im Geschäftsverkehr; vielmehr wird dieser Begriff nur für besondere, negativ zu bewertende Formen einer Beeinträchtigung verwendet. Die Behinderung bezeichnet ein im Widerspruch zum Wettbewerb stehendes Verhalten eines Wettbewerbers gegenüber seinen Konkurrenten, das darauf ausgerichtet ist, diese zu verdrängen oder zu vernichten. Zur Behinderung hat man grundsätzlich alle Maßnahmen zu rechnen, die nicht mit dem eigenen Leistungsangebot, sondern mit irgendwelchen anderen Mitteln die Betätigungsfreiheit des Mitbewerbers zu beeinträchtigen suchen. Aber auch Maßnahmen des Leistungs-

1) Vgl. Kracht, NJW 1960, S. 1230, 1233; Frankfurter Kommentar, Rdz. 55 zu § 26 GWB mit weiteren Nachweisen; Gentz, WuW 1961, S. 597.

wettbewerbs können im Einzelfall durch das Hinzutreten besonderer unlauterer Umstände eine Behinderung darstellen; erfolgt zum Beispiel eine Preisunterbietung in der Absicht, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, so liegt darin eine Behinderung i. S. des § 26, II GWB.¹⁾

C(2/12) Der Begriff der Unbilligkeit

§ 26, II GWB verbietet nicht jede Behinderung, sondern lediglich die unbillige Behinderung.²⁾

Das entscheidende Kriterium für die Unbilligkeit liegt in der Wettbewerbswidrigkeit der betreffenden Handlung.³⁾ Unbillig ist nach dem OLG München⁴⁾ eine Behinderung dann, wenn sie bei Abwägung der Interessen aller Beteiligten wirtschaftlich nicht gerechtfertigt werden kann. Dabei sind bei der Interessenabwägung umso strengere Maßstäbe anzulegen, je stärker die Marktmacht des behindernden Unternehmens ist. Nicht als unbillig hat man eine Behinderung anzusehen, die durch scharfen lauterer Wettbewerb erfolgt.⁵⁾

C(2/2) Beeinträchtigung der Mitbewerber durch den zweigleisigen Vertrieb

Der zweigleisige Vertrieb als eine der Preisunterbietung verwandte Unterbietungsform führt zu einer Beeinträchtigung der Mitbewerber, die umso stärker ist, je größer der Partizipationseffekt der über das zweite Gleis vertriebenen billigeren Ware ist. Eine solche Behinderung kann jedoch im allgemeinen nicht als unbillig i. S. des § 26, II GWB angesehen werden, sie ist vielmehr wettbewerbseigen und

1) Vgl. Fikentscher, Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1962, S. 76/46; Spengler, a.a.O., S. 12.

2) Vgl. Rasch/Westrick, a.a.O., Rdz. 21 zu § 26 GWB: "'Unbillige' und ohne 'sachlich gerechtfertigten Grund' erfolgende Maßnahmen bedeuten dasselbe."

3) Vgl. Tetzner, Kartellrecht, S. 172; Rasch/Westrick, a.a.O., Rdz. 41 zu § 26 GWB.

4) Vgl. WuW/E OLG 286, 289.

5) Vgl. Benisch, im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Rdz. 43 zu § 26 GWB; Hiersemann, WRP 1963, S. 33 ff.; Burmann, Der Betrieb 1965, S. 1655 f.

damit den Mitbewerbern zumutbar.

Generell bedeutet jede Wettbewerbshandlung eine Beeinträchtigung der Mitbewerber, die aber in unserer Wettbewerbswirtschaft, in der der Wettbewerb ein zentraler Faktor ist, erlaubt ist, falls sie mit "erlaubten Kampfmitteln" geschieht. Kein Wettbewerber hat einen Anspruch darauf, daß Mitbewerber nicht in seinen Kundenkreis oder sein Absatzgebiet eindringen.¹⁾ Der wirtschaftliche Wettbewerb ist im Gegenteil darauf abgerichtet, in das Absatzgebiet des Konkurrenten einzudringen und diesem auf Grund der besseren eigenen Leistung und des niedrigeren Preises Kunden abzugewinnen. Eine Beeinträchtigung des Mitbewerbers als Folge des freien Wettbewerbs ist erlaubt, sie ist wettbewerbs-eigen.

Da jeder Gewerbetreibende - und somit auch der zweispurig fahrende Hersteller - grundsätzlich das Recht hat, den Preis für die von ihm angebotene Ware nach seinem Ermessen festzusetzen, ist die Preisunterbietung und damit auch das verbilligte Angebot der über das zweite Gleis abgesetzten Ware prinzipiell erlaubt, selbst wenn dadurch Mitbewerber vom Markt verdrängt werden.²⁾ Der Sinn des Leistungswettbewerbs ist es ja, daß sich die bessere Leistung durchsetzt.

Eine unbillige Behinderung der Mitbewerber liegt nur in den Fällen vor, in denen der zweigleisig vertreibende Hersteller die billigere Produktvariante ausschließlich aggressiv als Kampfartikel zur Verdrängung und Vernichtung der Mitbewerber einsetzt.³⁾ Der angestrebte Zweck des Unterbietens ist hier die Eliminierung der Mitbewerber aus dem Markt. Eine solche wettbewerbsfeindliche Beeinträchtigung ist für diese nicht nur unbequem, sondern kann ihnen bei objektiver Interessenabwägung nicht mehr zugemutet werden. Aus der zulässigen Unterbietung wird nun ein Behinderungswettbewerb, der bewirkt, daß die Eliminierung von Mitanbietern aus dem Markt sich nicht als eine Folge des Leistungs-

1) Vgl. WRP 1956, S. 99; BGH 19, 395; Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 154 zu § 1 UWG.

2) Vgl. BGH, WuW 1955, S. 118; BGH, GR 60, 331.

3) Vgl. Burmann, Der Betrieb 1965, S. 1657; Hiersemann, WRP 1963, S. 35 f.

wettbewerbs, sondern der Behinderung darstellt.

Ob im konkreten Einzelfall der zweigleisige Vertrieb schon eine unbillige Behinderung oder noch eine zumutbare Beeinträchtigung der Mitbewerber darstellt, läßt sich nur auf Grund eingehender Untersuchungen der zwischen den zweigleisig vertriebenen Produktvarianten bestehenden Preisunterschiede beurteilen. Eine unbillige Behinderung und damit einen Verstoß gegen § 26, II, 1. Alternative wird man immer dann anzunehmen haben, wenn der Preis der über das zweite Gleis abgesetzten Ware die zusätzlich entstehenden Kosten nicht deckt, d. h. wenn es sich auch unter dem Aspekt des direct-costing um ein echtes Verlustgeschäft handelt und wenn gleichzeitig dieser Preis erheblich unter dem üblichen Verkaufspreis von Waren gleicher Art liegt. Hier sollen nicht Kunden in einer wettbewerbseigenen Art gewonnen werden, sondern ungeachtet der eigenen Verluste zunächst die Mitbewerber abgewürgt und vernichtet werden, um danach die Verluste wieder auszugleichen. Dies ist aber unter dem hier angeführten Aspekt wettbewerbswidrig.

c(3) Ergebnis

Eine unbillige Behinderung der Mitbewerber und damit ein Verstoß gegen § 26, II, 1. Alternative liegt beim zweigleisigen Vertrieb nur dann vor, wenn der zweigleisig vertreibende MA-Hersteller marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes ist und wenn gleichzeitig die Preisspaltung bewußt und gezielt als Mittel zur Vernichtung der Konkurrenz eingesetzt wird.

3. Zweigleisiger Vertrieb und mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 22, III GWB)

Der Gesetzgeber gibt der Kartellbehörde in § 22, IV GWB bestimmte Befugnisse für den Fall, daß marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktstellung mißbräuchlich ausnutzen.¹⁾

1) Während § 26, II GWB nur die Diskriminierung von Unternehmen verbietet, reicht § 22 GWB für marktbeherrschende

In Betracht kommen könnte beim zweispurigen Vertrieb eine mißbräuchliche Ausnutzung der Marktstellung beim Fordern von Preisen.

a) Mißbrauch der Marktstellung gegenüber dem Kunden

Handelt es sich beim zweigleisig vertreibenden Unternehmen um ein marktbeherrschendes Unternehmen, das durch eine unverhältnismäßig unterschiedliche Preisstellung für die einzelnen Produktvarianten die Abnehmer der markierten Ware in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr ohne sachlich gerechtfertigten Grund schlechter stellt als die Abnehmer der markenfreie Ware (§ 26, II, 2. Alternative GWB), so liegt gleichzeitig auch ein Verstoß gegen § 22, III GWB vor. Der marktbeherrschende, zweigleisig vertreibende Markenartikelhersteller nutzt seine Marktstellung beim Fordern von Preisen mißbräuchlich aus. Ob der über das erste Gleis vertriebene Markenartikel preisgebunden oder preisfrei ist, ist in diesem Zusammenhang irrelevant, da in beiden Fällen die benachteiligten Händler keine bzw. keine ausreichende Ausweichmöglichkeiten auf andere Angebote haben.

b) Mißbrauch der Marktstellung gegenüber dem Mitbewerber

Ob im zweispurigen Vertrieb, der wegen unbilliger Behinderung der Mitbewerber gegen § 26, II, 1. Alternative verstößt, gleichzeitig auch eine mißbräuchliche Ausnutzung der Marktstellung beim Fordern von Preisen zu sehen ist (§ 22, III GWB), läßt sich nicht ohne weiteres beantworten.¹⁾

Aus einem Vergleich der Ziff. 1 des § 22, III a.F. mit der die Kopplungsgeschäfte erfassenden Ziff. 2 kann man schließen, daß im Vordergrund der gesetzgeberischen Absicht das

Unternehmen insofern weiter, als hier auch deren Verhalten gegenüber dem Endverbraucher der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde unterstellt wird.

Beide Vorschriften tragen verschiedenen Charakter. § 26, II ist über § 38, I GWB Bußgeldvorschrift und über § 35 GWB zivilrechtliche Schutzbestimmung. § 22 GWB eröffnet ein Verwaltungsverfahren.

1) Vgl. Fikentscher, Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, S. 74 f.

Verbot der mißbräuchlichen Ausnutzung der Marktstellung gegenüber dem Kunden steht. Zu beachten ist jedoch, daß jede mißbräuchliche Ausnutzung der Marktstellung gegenüber den Mitbewerbern, wie sie beim zweigleisigen Vertrieb, der zur Vernichtung der Mitbewerber eingesetzt wird, vorliegt, letztlich auch zu Lasten der Kunden geht, wenn der angestrebte Erfolg, nämlich die Eliminierung der Mitbewerber aus dem Markt, sich einstellt.

Der zweigleisige Vertrieb, der als unbillige Behinderung der Mitbewerber gegen § 26, II, 1. Alternative GWB verstößt, stellt somit m. E. gleichzeitig auch einen Verstoß gegen das Verbot der mißbräuchlichen Ausnutzung der Marktstellung durch marktbeherrschende Unternehmen dar.¹⁾

c) Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß der gegen § 26, II, 1. Alternative oder 2. Alternative GWB verstoßende zweigleisig vertreibende Hersteller gleichzeitig auch das Verbot des § 22, III GWB verletzt, da er seine Marktstellung dem Kunden bzw. dem Mitbewerber gegenüber beim Fordern von Preisen mißbräuchlich ausnutzt. Die Kartellbehörde kann die ihr nach Ziff. IV zustehenden Befugnisse geltend machen, nachdem sie den Unternehmer aufgefordert hat, den beanstandeten Mißbrauch einzustellen.

4. Zweigleisiger Vertrieb und fristlose Kündigung des Preisbindungsvertrages (§ 13, I, S. 2 GWB)

Gem. § 13, I GWB kann jeder Beteiligte Verträge bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fristlos schriftlich kündigen.

Gibt diese Bestimmung auch dem vom zweigleisig vertreibenden Unternehmer nur mit dem preisgebundenen Markenartikel belieferten Händlerabnehmer die Möglichkeit, sich vom Preisbindungsvertrag zu lösen?

1) Vgl. Fikentscher, Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht, S. 75.

a) Möglichkeiten der Kündigung des Preisbindungsvertrages
nach § 13, I GWB

Obwohl § 13, I GWB expressis verbis nur Bezug nimmt auf Verträge und Beschlüsse der in den §§ 2 bis 8 GWB bezeichneten Art, läßt sich feststellen, daß diese Bestimmung über ihr spezielles Anwendungsgebiet hinausgeht und immer auch dann zur Anwendung kommt, wenn ganz generell im Kartellrecht die Einhaltung einer Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr zugemutet werden kann.¹⁾

b) Notwendigkeit der Kündigungsmöglichkeit
nach § 13, I GWB

Der Möglichkeit einer fristlosen Kündigung des Preisbindungsvertrages liegt die Überlegung zugrunde, daß es sich beim Preisbindungsvertrag um eine Nebenabrede zu den fortlaufend abgeschlossenen Kaufverträgen handelt. Bei diesem Dauerschuldverhältnis muß dem Verpflichteten das Recht eingeräumt werden, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fristlos zu kündigen und sich damit von seinen Verpflichtungen (Einhaltung der Preisbindung) zu befreien.

Der beim zweigleisigen Vertrieb nur mit dem preisgebundenen Markenartikel belieferte Händler hat zwar grundsätzlich die Möglichkeit, die preisgebundene Ware aus seinem Sortiment zu nehmen und damit dem Preisbindungsvertrag die reale Grundlage zu entziehen. Diese Möglichkeit ist aber oft nur theoretisch vorhanden, da der über das erste Gleis mit dem preisgebundenen Markenartikel belieferte Händler in seiner Eigenschaft als Fachhändler aus verbraucherpolitischen Gründen nicht darauf verzichten kann, den renommierten Markenartikel in seinem Sortiment zu führen. In anderen Fällen ist die Möglichkeit der Aufgabe der Geschäftsbeziehungen zu dem zweigleisig vertreibenden Unternehmer nicht ausreichend, z. B. wenn hohe Lagervorräte an preisgebundenen Waren vorhanden sind.

Als äußerste Möglichkeit muß bei Vorliegen eines wichtigen

1) Vgl. Völp, Preisbindung für Markenartikel, S. 108.

Grundes dem gebundenen Händler die fristlose Kündigung offenstehen, um sich von seinen Verpflichtungen lösen zu können.

c) Der zweigleisige Vertrieb als wichtiger Grund

i. S. d. § 13, I GWB

Ein wichtiger Grund liegt nach § 13, I, S. 2 GWB insbesondere dann vor, "wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Kündigenden unbillig eingeschränkt oder durch eine nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung im Verhältnis zu den übrigen Beteiligten beeinträchtigt wird". Zur Frage, wann dies beim zweigleisigen Vertrieb der Fall ist, darf auf die Ausführungen zu § 26, II, 2. Alt. GWB verwiesen werden.¹⁾

II. Bedenken in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht

Die rechtlichen Bedenken gegen die Zweigleisigkeit beschränken sich nicht auf das Kartellrecht; es wäre falsch, anzunehmen, daß erst durch das GWB die rechtliche Problematik dieser Absatzmethode aktuell wurde.

1. Zweigleisiger Vertrieb und § 3 UWG

§ 3 UWG schützt den Käufer vor einer unlauteren Beeinflussung seines Kaufentschlusses, indem er in der Werbung alle Angaben geschäftlicher Art verbietet, die unrichtig und zudem geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Alle Angaben müssen vielmehr klar und wahr sein, so daß die Möglichkeit einer Irreführung ausgeschlossen ist. Unbedeutend ist dabei, wie der Werbende seine Aussage über die Ware verstanden wissen will; entscheidend ist vielmehr die Auffassung der Verkehrskreise, an die die Werbung adressiert ist.²⁾ Zur tatbestandsmäßigen

1) Vgl. oben, S. 164 f.; vgl. ferner S. 111 f.

2) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 5 zu § 3 UWG mit weiteren Nachweisen.

Erfüllung des § 3 UWG ist weiterhin erforderlich, daß gerade durch den unrichtigen Kern der Aussage beim Publikum der Eindruck eines besonders günstigen Angebots hervorgerufen wird.¹⁾ Zwischen der Unrichtigkeit der Angabe und der Vorteilsvorstellung muß ein innerer Zusammenhang bestehen. Die Unrichtigkeit einer Angabe allein ist somit noch nicht entscheidend.²⁾

Ein "besonders günstiges Angebot" i. S. d. § 3 UWG besteht dann, wenn das Publikum auf Grund des Angebots Vorteile annimmt, die die Ware oder Leistung in Wirklichkeit gar nicht hat.³⁾ "Das 'besonders günstige Angebot' setzt begrifflich voraus, daß es dem Anschein nach gegenüber den üblichen, gewöhnlichen Angeboten g ü n s t i g e r, also ein Angebot von Vorteilen ist, die im allgemeinen nicht gewährt werden ..." ⁴⁾

Die Frage, die sich bei der Behandlung der Zweispurigkeit in diesem Zusammenhang stellt, geht dahin, ob der Verbraucher auf Grund unrichtiger Angaben des zweigleisig vertreibenden Herstellers annimmt, daß die Markenware Vorteile besitze, die sie in Wahrheit nicht hat.

a) Stellungnahme der Literatur

Nach Ansicht der h. M. führt der zweigleisige Vertrieb von Markenwaren zu einer Verletzung des § 3 UWG, der einen Anspruch auf Unterlassung gewährt, da der zweispurig vertreibende Unternehmer aus Wettbewerbsgründen "unrichtige Angaben" mache, die geeignet seien, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen.⁵⁾

1) Vgl. Godin-Hoth, Wettbewerbsrecht, Berlin 1957, Anm. 8 zu § 3 UWG.

2) Die Annahme, daß alle anderen Angaben statthaft sind, wäre irrig; deren Unzulässigkeit kann sich aus § 1 UWG ergeben.

3) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 53 zu § 3 UWG.

4) Godin-Hoth, a.a.O., Anm. 10 zu § 3 UWG.

5) Da sich Firmen- und Warenbezeichnungen regelmäßig nicht an eine individuell begrenzte Personeneinheit, sondern an unbestimmte Käuferkreise richten, die unterschiedlos von ihnen Kenntnis nehmen können, ist auch das Erfordernis der für einen größeren Personenkreis bestimmten Mitteilung gegeben.

a⁽¹⁾ Unrichtige Angabe i. S. d. § 3 UWG

Eine unrichtige Angabe i. S. dieser Vorschrift sei beim zweigleisigen Vertrieb zunächst darin zu sehen, "daß die Verbraucher schon in der vom Hersteller durchgeführten und durch Verbraucherpreisreklame bekanntgegebenen vertikalen Preisbindung die Behauptung sehen, die markierte Ware sei überall und nur zu diesem Preis erhältlich."¹⁾

Wenngleich diese im Publikum vorherrschende Ansicht nicht allein oder vielleicht sogar nur zu einem geringen Teil durch den zweigleisig vertreibenden Hersteller entstanden sei, sondern durch jahrzehntelange Übung und durch das Praktizieren des "eingleisigen Vertriebs" der seriösen Markenartikelindustrie, so müsse dennoch auch der zweigleisig vertreibende Hersteller sich diese beim Verbraucher feststellbare Vorstellung anrechnen lassen.

Die mit dem zweiseitigen Vertrieb verbundene Irreführung der "am normalen Markenartikel-Begriff orientierten Verbraucherschaft" könne nur dann vermieden werden, wenn ausdrücklich von dem betreffenden Unternehmer darauf hingewiesen werde, daß seine Markenware auch ohne Marke und ohne Preisbindung im Handel erhältlich sei. Eine derartige Aufklärungspflicht sei aber für den Unternehmer indiskutabel, "weil die Tatsache der Preisspaltung, wenn diese ihren Zweck erfüllen soll, nicht offen gelegt werden kann".²⁾ Gerade diese Überlegung zeige, daß der Hersteller darauf abziele, die Unkenntnis und die irrige Auffassung des Publikums auszunutzen. Eine unrichtige Angabe i. S. d. § 3 UWG liege somit auch in der Unterlassung der Aufklärung und in der darin liegenden Verletzung der Aufklärungspflicht.³⁾

Während bei der Behandlung dieser Frage im Schrifttum im allgemeinen immer nur auf den zweigleisigen Vertrieb in der

1) Völp, MA 1960, S. 48; derselbe, WRP 1958, S. 357 f.

2) Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 1142.

3) Vgl. Frankfurter Kommentar, Rdz. 42 zu § 1 UWG; Baumbach, Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 8 zu § 3 UWG; Schwartz, im Gemeinschaftskomentar, 2. Aufl., Rdz. 25 zu § 17 GWB; Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 1143.

Erscheinungsform preisgebundener Markenartikel und preisfreier Ware Bezug genommen wird, vertritt der Frankfurter Kommentar¹⁾²⁾ eine weitergehende Ansicht, indem er darauf hinweist, daß jeder Markenartikelhersteller, also nicht nur der Preisbinder, dem Verbraucher gegenüber eine Aufklärungspflicht habe, wenn er seine Produktion unterschiedlich markiere und zu verschiedenen Preisen absetze. Diese Auffassung resultiert aus der Ansicht, daß bereits die Markierung beim Verbraucher den Eindruck erwecke, ein Markenartikel sei nicht gleichzeitig zu einem niedrigeren Preis als markenlose Ware erhältlich.

a₍₂₎ Erweckung des Anscheins eines besonders günstigen Angebots

Diese unrichtigen Angaben seien in der einen wie in der anderen Form nicht nur geeignet, sondern zielten vielmehr gerade konkret darauf ab, "den Anschein eines besonders günstigen Angebots" zu erwecken, weil die Käufer die Möglichkeit des billigeren Bezugs qualitätsgleicher markenloser Ware nicht bekannt sei. Dem Markenartikel werde vielmehr auf Grund des höheren Preises eine höhere Qualität zugesprochen.

Bei der Erweckung des Anscheins eines besonders günstigen Angebots durch die Verletzung der Aufklärungspflicht durch den zweigleisig vertreibenden Hersteller komme es dabei nicht darauf an, "daß die mit der Markenwerbung angesprochenen Interessenten beim Abschluß des Kaufvertrages keiner Täuschung unterliegen, da sie die von ihnen gewünschte Ware tatsächlich erhalten".³⁾ Relevant sei allein der Tatbestand, daß die Verbraucher das Markenwareangebot nur deshalb als so günstig betrachteten, weil ihnen die Möglichkeit des billigeren Bezugs der gleichen Ware unbekannt sei.

1) Frankfurter Kommentar, Rdz. 42 zu § 17 GWB.

2) A. A. Schwartz, im Nachtrag 1966 zum Gemeinschaftskommentar, Rdz. 16 zu § 17 GWB: "Nun ist es weder wettbewerbsrechtlich noch kartellrechtlich zu beanstanden, wenn ein Markenartikelhersteller ohne den Wiederverkaufspreis zu binden, dasselbe Erzeugnis markiert oder unmarkiert vertreibt, zu welchem Preis auch immer."

3) Völp, MA 1960, S. 48.

b) Eigene Stellungnahme

Die oben wiedergegebene Ansicht der h. M. ist in zwei entscheidenden Punkten angreifbar.

Wie bereits an anderer Stelle ausführlich dargelegt,¹⁾ geht entgegen der h. M. der Großteil der Verbraucherschaft nicht mehr davon aus, daß ein MA immer nur eingleisig vertrieben wird. In erster Linie waren es die Vorgänge auf speziellen Teilmärkten (Strumpf-, Bier-, Benzinmarkt), die den wirtschaftlich aufgeschlossenen Verbraucher mit dieser Vertriebsmethode bekanntgemacht haben. Wenn dieser Verbraucher auch im konkreten Einzelfall nicht genau weiß, ob ein bestimmter MA zweigleisig vertrieben wird, so stellt er dennoch diese Möglichkeit in Erwägung. In bezug auf diesen Teil der Verbraucherschaft obliegt dem zweigleisig vertreibenden Hersteller keine Aufklärungspflicht.

Selbst dann, wenn man wie die h. M. davon ausgeht, daß ein zweigleisig vertreibender Hersteller verpflichtet sei, darauf hinzuweisen, daß er seine Ware zu unterschiedlichen Preisen und in unterschiedlicher Aufmachung absetzt, wäre es zweifelhaft, ob die unrichtige Angabe in Form der Verletzung der Aufklärungspflicht geeignet wäre, grundsätzlich beim Verbraucher den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken. Dies wäre nur dann zu bejahen, wenn umgekehrt das Bekanntwerden der Zweigleisigkeit das Markenwareangebot den bisherigen MA-Käufern ungünstiger erscheinen lassen würde.

Da die h. M. sich nur auf das allgemeine Bekanntwerden der Zweigleisigkeit bezieht, läßt sich feststellen, daß eine solche Aufklärung dem Verbraucher überhaupt nichts nutzt, weil er weder der anonymen Ware noch der Handelsmarke ihre Herkunft ansieht.²⁾ Entgegen der Ansicht der h. M. ermöglicht infolge der mangelnden Markttransparenz allein die Kenntnis, daß ein bestimmter Hersteller seine Produktion zweigleisig vertreibt, es dem Verbraucher nicht, die mit dem Markenartikel technisch identische Ware aus dem Gesamtangebot herauszufinden. Gerade der rational handelnde Ver-

¹⁾ Vgl. oben, S. 87 ff.

²⁾ Vgl. Benisch, Die Aktiengesellschaft 1964, S. 323.

braucher wird in dieser Situation weiterhin den Markenartikel wählen, da nur dieser ihm den Zusatznutzen des verminderten Kaufrisikos bietet.

Da ein Markenartikel im allgemeinen nicht nur wegen der technischen Geeignetheit dieser Ware für den vorgedachten Zweck erworben wird, sondern auch wegen der Befriedigung des Geltungsbedürfnisses, die mit dem sichtbaren Gebrauch bzw. Verbrauch einer bekannten Markenware erreicht wird, ist es ferner für den Verbraucher, der einen Markenartikel primär aus diesem Motiv kauft, gleichgültig, ob die betreffende Markenware ein- oder mehrgleisig vertrieben wird, da nur diese, nicht aber die über das zweite Gleis vertriebene Produktvariante die zusätzliche Befriedigung zu vermitteln vermag. Zu Recht weist Lisowsky¹⁾ darauf hin, "daß die öffentliche Anerkennung eines seit langem bekannten und viel gebrauchten und von der öffentlichen Meinung als erstklassig oder vornehm klassierten Markenartikelprodukts seinem reinen Sachwert, den er vielleicht mit anderen Gütern teilt, weitere zusätzliche Werte verleiht. Diese Werte sind nicht nur fiktiv, sind nicht nur 'eingebildet'".

Zusammenfassend läßt sich bis hier festhalten, daß, selbst wenn man eine Aufklärungspflicht des Herstellers unterstellt, das Verschweigen der Zweigleisigkeit weder beim rationalen Verbraucher noch bei dem, der den Markenartikel des Geltungsnutzens wegen wählt, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen vermag. Da dieser Teil der Käuferschaft den Markenartikel bevorzugt, unabhängig davon, ob ein Hersteller eingeleisig vertreibt oder nicht, läßt insoweit die von der h. M. geforderte Aufklärung das Markenwareangebot nicht ungünstiger erscheinen.

In bezug auf den wirtschaftlich nicht aufgeschlossenen Verbraucher trifft die Annahme der h. M. zu. Dieser Teil der Verbraucherschaft geht davon aus, daß ein MA nur eingeleisig vertrieben werde, und wird deshalb durch den "heimlichen"

1) Lisowsky, MA 1951, S. 212.

zweigleisigen Vertrieb getäuscht. Die unrichtige Angabe¹⁾ in Form der Unterlassung der Aufklärungspflicht ist hier geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Zwischen der Unrichtigkeit der Angabe und der Vorteilsvorstellung besteht der von § 3 UWG geforderte innere Zusammenhang.²⁾ Da diese Verbraucher von der Preisdifferenz zwischen dem MA und der über das zweite Gleis vertriebenen Ware eine entsprechende technische Qualitätsdifferenz erwarten, erscheint auf Grund der unrichtigen Angabe das Markenwareangebot als günstiger, als es sich bei wahrheitsgemäßer Angabe darstellen würde. Da hier ein nicht unbeachtlicher Teil des Verkehrs auf Grund einer unrichtigen Ankündigung Vorteile annimmt, die die Markenware in Wahrheit nicht aufweist, entfällt die Anwendung des § 3 UWG nur dann, wenn kein Rechtsschutzbedürfnis der Allgemeinheit an dem Verbot des "heimlichen" zweigleisigen Vertriebs vorliegt.³⁾

Ein Markenartikelhersteller sichert mit seinem preisgebundenen Markenartikel dem Verbraucher eine "gleichbleibende Qualität" zu, nicht aber eine dem Preis adäquate Qualität. "Wenn ein Artikel von 'gleichbleibender' Qualität ist, so kann er trotzdem eine 'dem Preis n i c h t e n t s p r e c h e n d e ' Qualität haben."⁴⁾ Ebenso wenig macht der Markenartikelhersteller die Zusicherung, daß sein im Preis höher liegender Markenartikel von besserer Qualität als ein billigerer Nicht-Markenartikel sei. Mit dem Merkmal "gleichbleibende Qualität" ist vielmehr nur das Versprechen verbunden, daß der Verbraucher den Markenartikel "unbesehen" kaufen kann und keine Änderung seiner Eigenschaften zu befürchten hat.⁵⁾

Der Teil der Verbraucherschaft, der den Markenartikel in der Absicht kauft, auch eine dem Preis entsprechende bessere technische Qualität zu bekommen, läßt sich bei seinem Kauf-

1) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 51 zu § 3 UWG: "Als u n r i c h t i g ist eine Angabe nicht nur anzusehen, wenn sie objektiv unrichtig ist, sondern schon dann, wenn ein n i c h t u n b e a c h t l i c h e r Teil des P u b l i k u m s der Angabe etwas Unrichtiges entnimmt."

2) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 51 zu § 3 UWG.

3) BGH 27, 1/4; Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 51 zu § 3 UWG mit weiteren Nachweisungen.

4) Hoppmann, Vertikale Preisbindung und Handel, S. 13, Anm. 9.

5) Vgl. Schwartz, Der Volkswirt 1956, Beilage zu Nr. 31, S. 12.

entschluß von einem "Putativvorzug" leiten,¹⁾ der jedoch m. E. nicht dem Markenartikelhersteller angelastet werden kann.

Die Unterlassung der von der h. M. geforderten Aufklärung, d. h. die Unrichtigkeit der Angabe, führt bei diesem Teil der Verbraucherschaft nur deshalb zu dem Anschein eines günstigeren Angebots, weil hier irrtümlicherweise die Vorstellung fester Preis-Qualitätsrelationen besteht.²⁾

Unabhängig davon, ob das Ausnutzen einer irrigen Vorstellung als tatbestandsmäßig i. S. d. § 3 UWG anzusehen ist oder nicht, kommt im vorliegenden Fall § 3 UWG nicht zur Anwendung, da kein schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit eine Aufklärung seitens des zweigleisig vertreibenden Herstellers verlangt. "Der Grundsatz, daß schon die bloße Erweckung unrichtiger Vorstellung, ein Angebot sei günstiger als das der übrigen, den Anspruch aus § 3 UWG auch auslöst, wenn der Verbraucher dies nur irrtümlich annimmt (Putativvorzug), ist jedoch für den Fall einzuschränken, daß kein schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit vorliegt, die Werbung zu verbieten. ... Das Allgemeininteresse, das § 3 UWG schützen will, ist vielschichtig. Es bedarf deshalb im Rahmen des § 3 UWG eine Abwägung der kollidierenden allgemeinen Interessen."³⁾

Das Verbot einer Werbeangabe nach § 3 UWG soll nicht mehr Schaden als Nutzen stiften, weil sonst das Interesse der Allgemeinheit nicht nur nicht gefördert, sondern geschädigt wird.

Bestünde für den zweigleisig vertreibenden Hersteller - wie von der h. M. gefordert - eine Aufklärungspflicht, so wäre diese Absatzmethode für ihn uninteressant und er würde den Vertrieb über das zweite Gleis einstellen

1) Vgl. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 89 ff.

2) Vgl. Steindorff, BB 1955, S. 1006: "Daß Markenartikel von besserer Qualität als anonyme Waren sind, läßt sich aber nicht nachweisen."

Kruse, a.a.O., S. 188 f.: "In Wirklichkeit ist der Preis kein zuverlässiger Qualitätsindex. Ausführliche Untersuchungen des Consumer Report haben für Qualität und Preis verschiedener Produkte eine relativ geringe bzw. negative Korrelation nachgewiesen."

3) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 37 zu § 3 UWG.

bzw. erst gar nicht aufnehmen, da die Gefahr drohte, daß die wirtschaftlich nicht aufgeschlossenen Verbraucher aus Verärgerung sich den Produkten anderer Hersteller zuwenden und der rückläufige Absatz bei der Markenware durch den Absatz der billigeren Produktvariante nicht kompensiert würde. Der zweigleisige Vertrieb kann, wenn er seinen Zweck erfüllen soll, nicht offengelegt werden.¹⁾ Der Verzicht auf den zweispurigen Vertrieb hätte seinerseits wiederum für die Allgemeinheit die Nachteile, daß einmal das Angebot an billigen, aber qualitativ hochwertigen Waren reduziert würde und daß andererseits die Fähigkeit der Zweigleisigkeit, erstarrte Preissysteme aufzulockern, nicht zum Tragen käme.

Durch die Einstellung des zweigleisigen Vertriebs würde ferner das falsche, in Preis-Qualitätsrelationen verhaftete Denken nicht beseitigt, während andererseits gerade der geheim gehaltene zweigleisige Vertrieb - die Geheimhaltung gelingt ja immer nur für eine bestimmte Zeitspanne - dem Verbraucher seine irrtümliche Vorstellung nehmen könnte, der teurere Markenartikel sei stets von technisch besserer Qualität als der billigere Nicht-Markenartikel. Diese Erkenntnis wiederum ist die Grundlage einer Erhöhung des Realeinkommens.

Bei dieser Sachlage wird m. E. evident, daß § 3 UWG beim zweigleisigen Vertrieb von Markenwaren nicht zum Zuge kommt, da kein schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit an der von der h. M. vom zweigleisig vertreibenden Hersteller verlangten Aufklärung vorliegt.²⁾ Dieses Ergebnis wird nach Steinorth³⁾ auch dadurch bestätigt, wenn er erklärt, es sei noch kein Hersteller, dessen Produktvarianten nur geringe technische Unterschiede aufweisen, aufgefordert worden, darauf aufmerksam zu machen, daß er neben der teureren Ware eine technisch fast identische billigere Produktvariante vertreibt.

1) Vgl. Frankfurter Kommentar, Rdz. 42 zu § 17 GWB.

2) Gl. A. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 90 f.; Benisch, Die Aktiengesellschaft 1964, S. 323.

3) Vgl. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, Fußnote 342.

c) Ergebnis

Entgegen der h. M. verstößt der zweigleisige Vertrieb m. E. nicht gegen das Verbot trügerischer Werbung (§ 3 UWG).

Der Grad des Bekanntseins des zweigleisigen Vertriebs ist je nach Warengattung unterschiedlich und damit schwankt auch die Relation des wirtschaftlich aufgeklärten zum wirtschaftlich nicht aufgeklärten Verbraucher. Bei bestimmten Warengattungen (z. B. Benzin) ist eine Aufklärungspflicht des zweigleisig vertreibenden Herstellers nicht erforderlich, da dem relevanten Abnehmerkreis in seiner Gesamtheit diese Absatzmethode ausreichend bekannt ist. Eine Unterlassung der Aufklärung stellt hier grundsätzlich keine unrichtige Angabe i. S. d. § 3 UWG dar.

Selbst wenn man (allgemein oder bei bestimmten Warengattungen) eine Aufklärungspflicht des Herstellers unterstellt, ist die unrichtige Angabe in Form der Verletzung der Aufklärungspflicht grundsätzlich dann nicht geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, wenn die über das erste Gleis abgesetzte Markenware ausschließlich des Geltungsnutzens wegen erworben wird.

Bei anderen Warengattungen wiederum wird zwar ein nicht unbeachtlicher Teil des Verkehrs, nämlich der wirtschaftlich nicht aufgeschlossene Verbraucher durch den zweigleisigen Vertrieb getäuscht; eine Anwendung des § 3 UWG entfällt jedoch in diesem Fall, da ein schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit an einem Verbot des geheim gehaltenen zweigleisigen Vertriebs nicht vorhanden ist.

d) Modifizierungen des Ergebnisses

Wenn auch der zweigleisige Vertrieb im allgemeinen aus den oben genannten Gründen nicht gegen § 3 UWG verstößt, so müssen doch an diesem Ergebnis in bezug auf spezielle Erscheinungsformen der Zweispurigkeit Einschränkungen vorgenommen werden.

Geht man davon aus, daß eine Aufklärung durch den diese Absatzmethode praktizierenden Hersteller mit Bezug auf den wirtschaftlich aufgeschlossenen Verbraucher nicht nötig ist, da diesem die Zweigleisigkeit genügend bekannt ist, so gilt dies ohne Einschränkung für die "klassischen" Erscheinungsformen des gespaltenen Vertriebs, d. h. für die Sachverhalte, daß die gleiche Ware als (preisgebundener) Markenartikel und markenlos oder als Handelsmarke abgesetzt wird.

Im Hinblick auf die speziellen Erscheinungsformen der Zweigleisigkeit¹⁾ muß jedoch festgestellt werden, daß auch hier der als wirtschaftlich aufgeschlossen anzusprechende Verbraucher nicht derartig detaillierte Kenntnisse solcher absatzpolitischer Maßnahmen hat, daß man sagen könnte, diese speziellen Erscheinungsformen der Zweigleisigkeit seien ihm genügend bekannt. Hier liegt m. E. ein Verstoß gegen § 3 UWG vor.

d₍₁₎ Standardmarke - Zweitmarke

Setzt ein Hersteller die gleiche Ware unter seiner Standardmarke und unter einer Zweitmarke ab, so schließt auch der rationale Verbraucher, da sich der Unternehmer beidemale offen zu seinen Produkten bekennt, von den Preisunterschieden auf Qualitätsunterschiede. Preisunterschiede zwischen diesen Marken werden als durch Qualitätsunterschiede begründet angesehen. In all diesen Fällen führt das Bekanntwerden des zweigleisigen Vertriebs dazu, daß die Mehrzahl der Verbraucher, die bisher die teurere Marke bevorzugten, dieses Markenangebot nun als ungünstiger ansehen. Diese spezielle Erscheinungsform des zweigleisigen Vertriebs erfüllt tatbestandsmäßig den § 3 UWG und gewährt einen Unterlassungsanspruch.²⁾

Der Anwendung des § 3 UWG steht in diesem Fall auch kein schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit an der Beibehaltung dieses "heimlichen" zweispurigen Vertriebs entgegen.

1) Vgl. oben, S. 89.

2) Auf der gleichen Ebene liegt m. E. der Fall, daß ein Händler die gleiche Ware unterschiedlich markiert und zu verschiedenen Preisen absetzt.

Dies ergibt sich schon daraus, daß hier praktisch die gesamte Markenartikelkäufererschaft getäuscht wird und somit teurer einkauft, als sie bei voller Kenntnis der Sachlage tun würde. Ferner ist zu bedenken, daß der zweispurig vertreibende Hersteller, bevor er den Vertrieb über das zweite Gleis völlig einstellt, den bislang unter der Zweitmarke vertriebenen Teil der Produktion nun unmarkiert oder unter einer Handelsmarke vertreibt, wodurch das Angebot an Billigwaren nicht reduziert wird und der dynamische Charakter dieser Absatzmethode, erstarrte Preissysteme aufzulockern, weiterhin zum Tragen kommt.

d₍₂₎ Hausmarkensystem

Immer mehr setzt sich im Handel die Auffassung durch, neben dem Markenartikel, d. h. der Herstellermarke, noch eine eigene Marke als sog. Haus-, Eigen- oder Spezialmarke führen zu müssen.

Die als Eigenmarken des Händlers vertriebenen Erzeugnisse werden nur selten vom Händler selbst hergestellt, sondern von einer Fabrik als anonyme Ware bezogen und dann vom Händler entsprechend markiert, oder der Fabrikant liefert die Erzeugnisse in bereits vertriebsfertigen Packungen mit dem Firmen- oder Markenaufdruck des Händlerabnehmers.¹⁾

Da aber der Hausmarkenlieferant oft nicht nur einen Händler, sondern jeweils unter deren Markenzeichen zahlreiche Handelsgeschäfte und -organisationen beliefert, erscheint das gleiche Erzeugnis eines einzigen Herstellers unter zahlreichen Firmen- und Markenbezeichnungen im Markt und wird zu ganz unterschiedlichen Preisen der Verbraucherschaft angeboten. In einigen Wirtschaftszweigen - z. B. in der Margarineindustrie - gibt es Hersteller, deren Erzeugnis nur unter verschiedenen Hausmarken, nicht aber unter einer eigenen Herstellermarke verkauft wird.

Ungeachtet der betriebswirtschaftlichen Vorteile dieses Hausmarkensystems für Händler und Hersteller, müssen m. E. vom wirtschaftsethischen Standpunkt gegen dieses Verkaufssystem ernste Bedenken geltend gemacht werden.

1) Vgl. Lutz, MA 1938, S. 130 f.

Der gleichzeitige Vertrieb der gleichen Ware unter verschiedenen Handelsmarken kann zu einer Täuschung der Verbraucherschaft über die Beschaffenheit der Ware führen (§ 3 UWG)¹⁾. Wenn der Verbraucher auch nicht davon ausgeht, daß die vom Händler angebotene Eigenmarke von diesem selbst hergestellt wurde, so glaubt er andererseits aber doch, daß zwischen den Qualitäten verschiedener zu unterschiedlichen Preisen angebotener Eigenmarken der einzelnen Händler Unterschiede bestehen. "Die Verbraucherschaft schließt also von der Hausmarke auf besondere Vorzüge der Ware."²⁾ Tatsächlich ist es aber so, daß nur ganz wenige Hausmarken sich durch besondere Eigenschaften auszeichnen. Bei der unter der Marke des Händlers vertriebenen Ware handelt es sich oft um ein ganz gewöhnliches Erzeugnis. Da auch der wirtschaftlich aufgeschlossene Verbraucher diese Zusammenhänge nicht erkennt und auch nicht erkennen kann - derartig detaillierte Kenntnisse bezüglich der Betriebspolitik hat nur der Fachmann - liegt eine Irreführung i. S. d. § 3 UWG vor.³⁾

Die von solchen Hausmarken verursachte unrichtige Angabe ist darüber hinaus geeignet, den "Anschein eines besonders günstigen Angebots" hervorzurufen, da der Kauf von mit einer Hausmarke versehenen Ware dem Publikum günstiger erscheinen muß, als er tatsächlich unter Berücksichtigung des Fehlens der vermuteten Eigenschaften ist.⁴⁾ Erst die Hausmarke ist es, die den Käufer anlockt, die betreffende Ware in dem jeweiligen Geschäft zu kaufen, weil er irrigerweise davon ausgeht, diese Ware nur hier bekommen zu können. In Wirklichkeit jedoch ist dieses qualitativ identische,

1) Der Begriff "Beschaffenheit" i. S. d. § 3 UWG umfaßt nach ständiger Rechtsprechung alle natürlichen Eigenschaften einer Ware sowie solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Wertschätzung der Ware auszuüben pflegen.

2) Lutz, MA 1938, S. 132; vgl. ferner Röken, MA 1955, S. 478.

3) Gl.A. Röken, MA 1955, S. 478.

4) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 53 zu § 3 UWG: "Anschein" eines besonders günstigen Angebots bedeutet nicht, daß das Angebot nur scheinbar günstig in Wahrheit aber ungünstig ist. Vielmehr ist lediglich gemeint, daß ein nicht unbeachtlicher Teil des Verkehrs auf Grund der Unrichtigkeit der Angabe mit Recht oder Unrecht den Eindruck eines besonders günstigen Angebots gewinnt."

lediglich der Markierung nach divergierende Produkt in einer Vielzahl von Einzelhandelsgeschäften erhältlich.

Ein derartiges Hausmarkensystem verstößt somit gegen § 3 UWG, wenn die gleiche, d. h. technisch-identische Ware in anderen Einzelhandelsgeschäften zu unterschiedlichen Preisen, wenn auch unter anderen Eigenmarken, angeboten wird.

2. Zweigleisiger Vertrieb und § 1 UWG

Die Generalklausel des § 1 UWG¹⁾, von der das gesamte Gesetz beherrscht wird, verbietet, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vorzunehmen, die gegen die guten Sitten verstoßen.

Ob der zweigleisig vertreibende Unternehmer gegen dieses Verbot verstößt, d. h. ob die Preisspaltung eine sittenwidrige Wettbewerbshandlung ist²⁾, soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

Das UWG-Recht dient nicht nur dem Schutz der Mitbewerber vor Wettbewerbsauswüchsen, sondern in gleichem Maße auch den Interessen der übrigen Marktbeteiligten sowie der Allgemeinheit an der Lauterkeit des Wettbewerbs. Von der Rechtsprechung wird die soziale Funktion des Wettbewerbsrechts

-
- 1) Während das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb die Auswüchse des Wettbewerbs, d. h. unlautere Wettbewerbsmethoden bekämpft, besteht das Ziel des GWB in der Erhaltung des Systems der freien Konkurrenz. Vgl. Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 72 vor § 1 UWG, S. 41; Franzen, WuW 1957, S. 751; Brinkmann, a.a.O., S. 73.
 - 2) Den Charakter einer Wettbewerbshandlung wird man der Zweispurigkeit ohne weiteres zubilligen können, da diese geeignet ist, den Absatz eines Wettbewerbers, nämlich des zweigleisig vertreibenden Unternehmers zu fördern, wodurch zwangsweise der Absatz der Mitbewerber eine Beeinträchtigung erfährt. Das subjektive Erfordernis, nämlich die Wettbewerbsabsicht, ist ebenfalls gegeben, wobei zu beachten ist, daß der Wettbewerbszweck nicht der einzige oder wesentliche Zweck zu sein braucht. Vgl. Tetzner, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Köln 1957, S. 86 ff. mit weiteren Nachweisen.

in zunehmendem Umfange herausgestellt.¹⁾

Die Frage, ob eine Wettbewerbshandlung erlaubt oder unerlaubt (unlauter, rechtswidrig) ist, sucht das UWG mit Hilfe der Generalklausel des § 1 UWG zu lösen, wo an dem unbestimmten Rechtsbegriff der guten Sitten angeknüpft wird.

Bei der Definition des Begriffs "Sittenwidrigkeit" i. S. des § 1 UWG empfiehlt es sich, von der bekannten Formel des RG²⁾ auszugehen: "Den Maßstab für die guten Sitten hat der Richter dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen, dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden."

Im Hinblick auf die Verwendung des Begriffs der Sittenwidrigkeit im Wettbewerbsrecht und hier wiederum mit speziellem Zuschnitt auf die Problematik der Zweigleisigkeit müssen jedoch einige Modifizierungen vorgenommen werden.

Im Wettbewerbsrecht kann nicht schlechthin vom durchschnittlichen Anstandsgefühl ausgegangen werden, weil sich über die Rechtmäßigkeit bestimmter Wettbewerbshandlungen der Laie kein fundiertes Urteil bilden kann. Auszugehen ist deshalb vielmehr von der Auffassung der Personen, die über das zu bewertende Verhalten befinden können. Hierher sind zunächst die Berufsgenossen des betreffenden Unternehmers zu rechnen.

Als sittenwidrig im Sinne des Wettbewerbsrechts wird man deshalb ein Verhalten anzusehen haben, das im Widerspruch zum Anstandsgefühl des verständigen und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden steht.

Da das Wettbewerbsrecht auch die Belange der Allgemeinheit schützt, kann die Auffassung des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden allein nicht relevant sein; vielmehr ist auch die Auffassung der Allgemeinheit zu berücksichtigen. Diese hat ein Interesse nicht nur daran, daß die Konkurrenten den Wettbewerbskampf untereinander in einer sittlich anständigen Weise führen, sondern auch daran, daß sie selbst nicht durch Absatz- und Werbemaßnahmen in einer dem sittlich-rechtlichen Empfinden des vernünftigen Durchschnittsmenschen zuwiderlaufenden Art beeinträchtigt

1) BGH 23, 371; 19, 392; RG 120, 49; 132, 317; MuW 37, 34; GR 55, 541.

2) RG 48, 124; 80, 221.

wird.¹⁾

Die Frage, ob der zweigleisige Vertrieb eine gegen die guten Sitten verstoßende Wettbewerbshandlung darstellt, läßt sich unter verschiedenen Aspekten diskutieren.

a) Behinderung der Mitbewerber

Da der zweispurig vertreibende Unternehmer durch die über das zweite Gleis abgesetzte billigere Ausführung die Absatzmöglichkeiten seiner Mitbewerber beeinträchtigt, stellt sich die Frage, ob in dieser Vertriebsmethode eine gegen die guten Sitten verstoßende Behinderung der Mitanbieter zu sehen ist. Von diesen wird ein derartiger Verstoß in umso stärkerem Maße geltend gemacht, je größer der Partizipationseffekt der billigen Produktvariante ist.

Wenn man davon absieht, daß § 1 UWG im Gegensatz zu § 26, II GWB den Behinderungswettbewerb allen Wettbewerbern untersagt,²⁾ so gelten hier die gleichen Überlegungen und Ausführungen wie zu § 26, II, 1. Alternative GWB.³⁾

b) Kundenfang durch Täuschung der "am normalen Markenartikelbegriff orientierten Verbraucherschaft"

Ein Verstoß der Zweigleisigkeit gegen die Generalklausel des § 1 UWG könnte sich evtl. auch unter dem Gesichtspunkt des Kundenfangs ergeben.

Der Kampf um den Kunden ist der wichtigste Bestandteil des Wettbewerbs überhaupt. Wenn die zu diesem Zweck eingesetzten Mittel nicht sittenwidrig sind, ist das Abwerben erlaubt. Kein Unternehmer hat einen Anspruch darauf, daß ein einmal gewonnener Kundenkreis und ein erobertes Absatzgebiet unangetastet bleiben. Wird jedoch die freie Willens-

1) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 55 ff. vor § 1 UWG, S. 115 ff.; Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Köln 1954, Kap. 74 Anm. 1; Godin-Hoth, a.a.O., Anm. 7 ff. zu § 1 UWG; Tetzner, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, S. 93; BGH 15, 364; BGH GR 55, 341; v. Godin, GRUR 1966, S. 127 ff.

2) Zum Verhältnis des § 26, II GWB zu dem Verbot der wettbewerbsfremden Behinderung des § 1 UWG vgl. Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Allg. Anm. 61 zu § 1 UWG.

3) Vgl. oben, S. 177 ff.

entscheidung des Verbrauchers durch unzulässige Mittel beeinflusst oder ausgeschaltet, dann liegt keine wettbewerbs-eigene Kundenbeeinflussung mehr vor, sondern ein wettbewerbsfremder Kundenfang;¹⁾ infolge der unzulässigen Beeinflussung deckt der Kunde seinen Bedarf nicht mehr beim Mitbewerber sondern beim Kundenfänger. Im Erschleichen, Verfälschen oder Erkaufen der Entscheidung des Kunden liegt hier das Anstößige, das den Tatbestand der Unlauterkeit in der Wettbewerbshandlung erfüllt. Es werden somit dem Leistungswettbewerb nicht adäquate Mittel eingesetzt.²⁾

Aus dem das gesamte Wettbewerbsrecht beherrschenden Wahrheitsgrundsatz folgt, daß jede Wettbewerbshandlung, die zu einer Täuschung der Verbraucherschaft führt, nicht wettbewerbs-eigen ist. "Das Täuschungsmoment ist eines der wichtigsten Momente für die U n l a u t e r k e i t einer Wettbewerbshandlung."³⁾ Eine objektive Irreführung der "am normalen Markenartikelbegriff orientierten Verbraucherschaft" durch den zweigleisigen Vertrieb, wie sie von der h. M. angenommen wird, würde somit nicht nur gegen das Verbot des § 3 UWG verstoßen,⁴⁾ sondern regelmäßig auch gegen § 1 UWG, da durch die Erweckung des Anscheins eines besonders günstigen Angebots das Publikum auch zum Nachteil der Mitbewerber irrefgeführt würde. "Regelmäßig treffen mit § 3 UWG die §§ 1 UWG, 826 BGB zusammen."⁵⁾

Eine nähere Untersuchung dieses Problems erscheint m. E. nicht notwendig, da an anderer Stelle festgestellt wurde⁶⁾, daß die "klassischen Erscheinungsformen" der Zweispurigkeit tatbestandsmäßig den § 3 UWG nicht erfüllen. Insoweit kann auch unter diesem Aspekt kein Verstoß gegen § 1 UWG angenommen werden. Etwas anderes gilt nur für dort aufgeführte Sonderformen der Zweigleisigkeit.

1) Vgl. Godin-Hoth, a.a.O., Anm. 15 zu § 1 UWG; Reimer, a.a.O., Kap. 76.

2) Vgl. Tetzner, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Rdz. 62 zu § 1 UWG.

3) Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 5 zu § 1 UWG.

4) Vgl. oben, S. 186 ff.

5) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Rdz. 144 zu § 3 UWG.

6) Vgl. oben, S. 195.

c) Ausbeutung fremden Rufes

Nach Auffassung einiger Autoren¹⁾ verstößt der zweigleisige Vertrieb gegen § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der Ausbeutung fremden Rufes, und zwar wegen der in ungehöriger Weise erfolgenden Ausnutzung des Gesamt-Goodwills der Markenartikelindustrie.

Sofern keine besonderen Ausschlußrechte für geistige und technische Schöpfungen bestehen, ist der nachahmende Wettbewerb grundsätzlich gestattet.²⁾ Eine wettbewerbsfremde Handlung liegt somit erst dann vor, wenn das Resultat fremder Aufwendungen und Tätigkeit mit verwerflichen Mitteln ausgenutzt wird, um die Konkurrenten zu überrunden. In diesem Fall liegt eine mit echtem Leistungswettbewerb nicht mehr zu vereinbarende Ausbeutung vor. Ein typischer Fall der Ausbeutung ist das Schmarotzen am fremden Ruf. § 1 UWG sucht zu verhindern, daß ein Wettbewerber in ungehöriger Weise fremden Ruf für sich ausnutzt.

Jedem Unternehmer steht es frei, seine Ware zum Markenartikel herauszubilden und, sofern er die damit verbundenen Verpflichtungen erfüllt, am Gesamt-Goodwill der Markenartikelindustrie zu partizipieren. Nicht erlaubt ist es ihm jedoch, diesen Goodwill in ungehöriger Weise für eigene wirtschaftliche Zwecke auszunutzen.

Völp geht bei der Behandlung des Problems der Ausbeutung des Gesamt-Goodwills der Markenartikelindustrie durch den zweigleisigen Vertrieb davon aus, daß bei der Verbraucherschaft allein die Vorstellung bestehe, die Markenware sei nur unter dieser Marke und nur zu diesem durch Werbung bekanntgegebenen und vom Hersteller gebundenen Preis erhältlich. Dieses im Publikum fest verankerte Vertrauen in den eingleisigen Vertrieb sei in jahrzehntelanger mühevoller und kostspieliger Arbeit aller Markenartikelproduzenten geschaffen worden. Durch den zweigleisigen Vertrieb könnte nun dieses hohe Vertrauenskapital in kurzer Zeit verspielt werden.³⁾

1) Vgl. Völp, MA 1960, S. 48,50; Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 1142; MA 1963, S. 1081.

2) Vgl. Tetzner, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, S. 129 f.; Godin-Hoth, a.a.O., Anm. 14 zu § 1 UWG.

3) Vgl. Völp, MA 1960, S. 48.

Ein Verstoß gegen § 1 UWG sei deshalb gegeben, weil der preisspaltende Unternehmer sich "auf Kosten des 'Gesamt-Goodwill' der Markenartikel-Industrie einen nicht auf besondere eigene Leistungen zurückzuführenden Wettbewerbsvorsprung gegenüber solchen Mitbewerbern verschafft, die an der Einspurigkeit der Preisbindung festhalten".¹⁾

Der feste Glaube der Verbraucher an einen nur eingeleisigen Vertrieb werde - so Völp²⁾ - von dem zweigleisig vertreibenden Unternehmer in sittenwidriger Weise für eine Verbesserung seiner eigenen Absatzmöglichkeiten ausgenutzt. Der zweispurige Vertrieb von Markenartikeln sei damit eine sittenwidrige Wettbewerbshandlung i. S. des § 1 UWG, die das preisspaltende Unternehmen zur Unterlassung und evtl. zum Ersatz des den Mitbewerbern entstandenen Schadens verpflichte.

Der zweigleisige Vertrieb beeinträchtigt nicht den Goodwill der MA-Industrie³⁾ und stellt so auch unter diesem Aspekt keine sittenwidrige Wettbewerbshandlung i. S. des § 1 UWG dar. Entgegen der Auffassung der oben angeführten Autoren geht der Verbraucher von heute grundsätzlich nicht mehr davon aus, daß ein Markenartikelproduzent seine Produktion nur "eingleisig" absetzt, was bedeutet, daß ein eventueller Wettbewerbsvorsprung des preisspaltenden Unternehmers nicht auf Kosten des Gesamt-Goodwills der Markenartikelindustrie geht.

d) Berufsstandsvergessenheit⁴⁾

Einen weiteren Aspekt, unter dem die Zweigleisigkeit auf ihre Vereinbarung mit den guten Sitten i. S. des § 1 UWG geprüft werden muß, stellt der Gesichtspunkt der Berufsstandsvergessenheit dar. Die entsprechende Frage geht dahin, ob der zweigleisige Vertrieb eine unlautere Wettbewerbshandlung i. S. des § 1 UWG ist, da der diese Absatzmethode anwendende Unternehmer gegen eine bei den Marken-

1) Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 1142.

2) Völp, MA 1960, S. 48.

3) Vgl. oben, S. 104 ff.

4) Vgl. hierzu Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 116 ff.

artikelproduzenten evtl. bestehende Berufsanschauung - gemeint ist hier die Anschauung, daß MA nur eingleisig vertrieben werden dürfen - verstößt und damit das Anstandsgefühl des verständigen und anständigen Berufsstandesge nossen verletzt, um einen nicht zu rechtfertigenden Vorsprung vor den standestreuen Mitbewerbern zu erlangen.

"Wäre festzustellen, daß die anerkannten Regeln eines Gewerbebezweiges dem System gespaltener Preise zuwiderlaufen, so könnte dies die Sittenwidrigkeit solcher preislicher Maßnahmen begründen. Es gilt als unlauter, sich auf diese Weise gegenüber standestreuen Mitbewerbern einen Vorsprung zu verschaffen."¹⁾

Bei der Behandlung dieses Fragenkomplexes ist es zunächst notwendig zu klären, ob sich tatsächlich innerhalb der Markenartikelindustrie eine Berufsanschauung dahingehend herausgebildet hat, daß der "seriöse" Markenartikelproduzent nur "eingleisig" vertreibt. Die Ausführungen von Völper weisen eindeutig in diese Richtung; m. E. läßt sich heute angesichts des Umfangs der Zweispurigkeit das Bestehen einer derartigen Berufsanschauung - es ist überhaupt zweifelhaft, ob es eine solche jemals gegeben hat - nicht mehr annehmen. Der große Teil der Markenartikelproduzenten fühlt sich keinem Gebot, eingleisig zu vertreiben, verpflichtet.

Die Beantwortung dieser Frage ist in ihrer Bedeutung jedoch zweitrangig. Selbst wenn man nämlich unterstellt, daß die Doppelgleisigkeit anerkannten Regeln und Standesordnungen der Markenartikelindustrie zuwiderläuft, kann man damit noch nicht ohne weiteres in dieser Absatzmethode einen Verstoß gegen § 1 UWG sehen. "Man darf nicht so weit gehen, jeden zu Wettbewerbszwecken begangenen Verstoß gegen diese Ordnungen als unlauter i. S. des § 1 UWG zu bezeichnen."²⁾ Wollte man dies tun, so würde man die Lauterkeit des Wettbewerbs jeweils nach der Auffassung des betreffenden einzelnen Berufsstandes bestimmen und damit nach egozentrischen wirtschaftlichen Interessen. Sinn und Zweck des § 1 UWG liegen aber nicht darin, das "Übliche" zu schützen und das "Unübliche" zu verbieten. Wettbewerbshandlungen, die

1) Löffler-Thümmel, BB 1957, S. 1096.

2) Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 349 zu § 1 UWG.

für die Konkurrenten unbequem oder schädlich sind, müssen damit noch nicht unlauter sein. "Eine Wettbewerbshandlung ist nicht schon deshalb sittenwidrig, weil sie gegen Anordnungen oder Richtlinien von Verbänden, Berufsvertretungen, Vereinen oder sonstigen Organisationen verstößt. Sonst wäre das Wettbewerbsrecht in die Hände der Verbände und Organisationen gelegt, was dem Sinn der Generalklausel des § 1 UWG widerspricht."¹⁾ Entscheidend ist somit die Antwort darauf, ob der zweigleisige Vertrieb unter dem Gesichtspunkt der Berufsstandsvergessenheit vom sittlich-rechtlichen Standpunkt aus zu verurteilen ist oder ob er lediglich den wirtschaftlichen Interessenten der Konkurrenten zuwiderläuft.

Die Prüfung, ob die Doppelgleisigkeit unter dem Gesichtspunkt der Berufsstandsvergessenheit sittenwidrig ist, macht eine besonders differenzierte Abwägung der im Spiel befindlichen Interessen erforderlich. Dies folgt bereits aus der Tatsache, daß die Zielsetzungen des Wettbewerbsrechts komplexer Natur sind. So sind nicht etwa nur die Interessen der Mitbewerber, sondern auch die der anderen Marktbeteiligten, besonders aber der Allgemeinheit zu berücksichtigen. Bei Absatzmaßnahmen wie der des zweispurigen Vertriebs kommt es somit auch darauf an, ob der vernünftige Durchschnittsmensch das Verhalten für anständig ansieht.²⁾ Über die Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung entscheidet zumindest in Fällen, in denen die Konkurrenten nicht unter sich sind, in denen das Verbot einer Wettbewerbshandlung auch Dritte betrifft, nicht allein der beteiligte Berufskreis.³⁾

Die Schwierigkeit einer derartigen Interessenabwägung im Bereich der Zweispurigkeit liegt - wie bei jeder Interessenabwägung im Rahmen des § 1 UWG - darin, zunächst einmal exakt zwischen schutzwürdigen und nicht schutzwürdigen Interessen zu trennen. Kristallisieren sich mehrere konträr zueinander stehende schutzwürdige Interessen heraus, so tritt ferner die Schwierigkeit auf, zu entscheiden, welches

1) Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 62, Einl. UWG.

2) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 54, Einl. UWG.

3) Vgl. Reimann, WuW 1957, S. 621.

dieser kollidierenden Interessen nach der geltenden Rechtsmoral als das primäre anzusehen ist.

Die Markenartikelindustrie lehnt die Doppelgleisigkeit vielfach mit dem Argument ab, daß diese Absatzmethode die Existenz des Markenartikels als Institution gefährde. Daß diese Auffassung unzutreffend ist, wurde bereits an anderer Stelle nachgewiesen.¹⁾

Wird der zweispurige Vertrieb abgelehnt, weil er das Preisniveau auf dem Markenartikelmarkt angreife und erstarrte Preissysteme in Bewegung bringe, bedeutet die Mißachtung dieses freiwilligen Wettbewerbsverzichts durch den zweigleisigen Vertrieb keine sittenwidrige Wettbewerbshandlung i. S. des § 1 UWG, da ja der Gesetzgeber ausdrücklich auch bei Markenartikeln den Preiswettbewerb (§ 16 GWB) wünscht und der zweigleisig vertreibende Unternehmer damit durchaus im Sinne des Gesetzes handelt.

Betrachtet man andererseits die positiven Wirkungen der Zweispurigkeit für die Allgemeinheit (erhöhtes Angebot billiger, aber qualitativ hochwertiger Waren, Auftauen eingefrorener Preissysteme), so kommt man, übereinstimmend mit Jacob-Steinorth,²⁾ zu dem Ergebnis, daß, selbst wenn der zweigleisige Vertrieb eine mit der Berufsanschauung der Markenartikelindustrie nicht zu vereinbarende Absatzmethode wäre, eine derartige Berufsstandsvergessenheit nicht sittenwidrig i. S. des § 1 UWG ist, da dem Verbot, zweigleisig zu vertreiben, eigennützige wirtschaftliche Interessen zugrunde liegen, die aber ihrerseits nicht von der Rechtsordnung geschützt werden.

e) Täuschung der Mitbewerber

Ist der zweigleisige Vertrieb nur deshalb unlauter, weil er u. U. zu einer Täuschung der Mitbewerber führt? "... alle Wettbewerbshandlungen, welche die Gefahr einer Irreführung zur Folge haben, sind wettbewerbsfremd."³⁾

1) Vgl. oben, S. 104 ff.

2) Vgl. Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb, S. 118.

3) Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 5 zu § 1 UWG.

e₍₁₎ Vortäuschung einer Preislistentreue

Eine Täuschung der Mitbewerber könnte man evtl. darin sehen, daß ein Unternehmer durch die Veröffentlichung einer Preisliste für den preisgebundenen Markenartikel seinen Mitbewerbern die Zusicherung gibt, den bekanntgegebenen Preis einzuhalten. Da der zweigleisig vertreibende Unternehmer die über das erste Gleis vertriebenen Markenartikel zu einem einheitlichen Preis absetzt, könnte ein Abweichen von dem durch die Preisliste bekanntgegebenen Preis in der billigeren Abgabe der über das zweite Gleis abgesetzten Produktvariante gesehen werden, die zu einer sittenwidrigen Täuschung der Mitbewerber führt.¹⁾

Unabhängig von der Frage, ob die Mitbewerber in der Veröffentlichung einer Preisliste die Verpflichtung zur Einhaltung des betreffenden Preises sehen können, greift in dem hier zur Debatte stehenden Fall § 1 UWG nicht ein, da im allgemeinen die einzelnen Produktvarianten des zweigleisig vertreibenden Herstellers auf Grund der unterschiedlichen Markierung unterschiedliche Wiederverkaufswerte haben. Der niedrigere Preis der über das zweite Gleis abgesetzten Ausführung kann nicht als Abweichen vom veröffentlichten Listenpreis angesehen werden.

Ein Abweichen vom Listenpreis läge nur dann vor, wenn für die einzelnen Produktvarianten unterschiedliche Preise gesetzt werden, obwohl keine unterschiedlichen Verbraucherpräferenzen bestehen, was aber nur ausnahmsweise zutrifft.²⁾

Eine Täuschung der Mitbewerber ist aber m. E. auch in einem solchen Fall nicht anzunehmen, da in der Veröffentlichung einer Preisliste nicht die Zusicherung impliziert ist, daß die angegebenen Preise auch tatsächlich eingehalten werden.³⁾
"Das Vertrauen der Mitbewerber auf die Preislistentreue ist

1) Vgl. Spengler, Preisschleuderei, Preisdiskriminierung und Wettbewerbsregeln, Düsseldorf 1955, S. 7: "Ein Paktieren mit dem Kunden zum Zweck der Tarnung von Preisunterbietungen ist mit anständigem Kaufmannsgeist unvereinbar. Die beabsichtigte Täuschung der Konkurrenten fällt zwar nicht unter § 3 UWG, wohl aber unter § 1 UWG, da sie bezweckt, die Konkurrenten von einer entsprechenden Preisänderung abzuhalten und hierdurch den Unterbieten einen ungerechtfertigten Dauervorsprung im Wettbewerb zu

verleihen.

2) vgl. dazu Baumbach-Hefermehl, UWG mit weiteren Nachweiser

nicht schutzwürdig,"¹⁾

e₍₂₎ Zusicherung des eingleisigen Vertriebs durch
Einführung der Preisbindung

Eine gegen § 1 UWG verstoßende Täuschung der Mitbewerber könnte man evtl. auch darin erblicken, daß ein Unternehmer, der für seinen Markenartikel die vertikale Preisbindung einführt, damit gleichzeitig auch zusichert, daß diese Ware nur zu diesem Preis und nur unter dieser Marke erhältlich ist, d. h. daß er eingleisig vertreibt. Diese Ansicht wird vor allem vom Markenverband und vom Bundeskartellamt vertreten. Der zweigleisig vertreibende Unternehmer, der nur einen Teil seiner Produktion als preisgebundenen Markenartikel absetzt, handelt somit nach dieser Meinung seiner eigenen Zusicherung entgegen und täuscht sowohl die Verbraucherschaft als auch die Mitbewerber.

Bei einer genaueren Betrachtung aber erweist sich diese Auffassung als nicht haltbar, denn der die vertikale Preisbindung einführende Unternehmer gibt nur das Versprechen, daß die Markenware überall zu dem gleichen Preis und in der gleichen Qualität erhältlich ist. Nur dies und nichts anderes verspricht der preisbindende Markenartikelhersteller. Er gibt weder die Zusicherung einer dem Preis entsprechenden Qualität, noch einer im Vergleich zu billigeren Ware besseren Qualität, noch das Versprechen eines eingleisigen Vertriebs. Ferner ist zu bedenken, daß in Hinblick auf das Ausmaß der Zweigleisigkeit in der westdeutschen Wirtschaft kein Markenartikelhersteller von vornherein die Möglichkeit ausschließt, daß seine Mitbewerber zweigleisig vertreiben.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß auch unter dem Gesichtspunkt der sittenwidrigen Täuschung der Mitbewerber der zweigleisige Vertrieb nicht gegen § 1 UWG verstößt.

f) Unzulässige Schädigung der Händlerabnehmer

Ist der "heimliche" zweigleisige Vertrieb unlauter, weil er

1) Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 237 zu § 1 UWG.

zu einer unzulässigen Schädigung der Händlerabnehmer des preisgebundenen Markenartikels führt? Wie aus der Fragestellung hervorgeht, wird diese Frage nur dann aktuell, wenn die einzelnen Produktvarianten über getrennte Absatzwege abgesetzt werden.

Das Bekanntwerden der Zweigleisigkeit führt immer zu einer Verärgerung der gebundenen Wiederverkäufer, die umso größer ist, je mehr der Markenartikel sich preislich von der über das zweite Gleis abgesetzten Ware abhebt und/oder je bekannter diese Absatzmethode bei der Verbraucherschaft wird. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß der heimliche zweigleisige Vertrieb grundsätzlich unlauter ist.

Sind die Preisdifferenzen zwischen den unterschiedlich markierten Produktvarianten nur ein Reflex der bestehenden Verbraucherpräferenzen, so wäre, wenn die Preisspaltung nur den gebundenen Händlern bekannt würde, eine Lösung der Geschäftsbeziehungen zu dem zweigleisig vertreibenden Hersteller nicht als marktgerechtes Mittel anzusehen. Eine Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkäuferebene ist in diesem Fall nicht gegeben. Mit einem Wettbewerbsdruck, hervorgerufen durch anonyme Waren, müssen die gebundenen Händler immer rechnen. Auch der Gesetzgeber verlangt ausdrücklich den Preiswettbewerb (§ 16 GWB). Anders ist die Lage, wenn die Preisunterschiede größer sind als die bestehenden Verbraucherpräferenzen. Hier werden die gebundenen Händlerabnehmer einem unangemessenen Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Ein Festhalten an der Preisbindung kann ihnen nicht mehr zugemutet werden. Ein Abbrechen der Geschäftsbeziehungen zum Hersteller ist in diesem Fall als sachlich gerechtfertigt anzusehen.

Da aber die Preisspaltung geheim bleiben muß, weil sie nur dann ihre angestrebte Wirkung voll erreicht, schneidet der zweigleisig vertreibende Hersteller die gebundenen Händlerabnehmer von der Möglichkeit ab, sich bei unangemessenen Preisunterschieden wirksam gegen einen unverhältnismäßigen Wettbewerbsdruck zur Wehr zu setzen, und handelt

somit sittenwidrig i. S. des § 1 UWG. Diese Bestimmung schützt in gleichem Maße die Mitbewerber, die Händlerabnehmer und die Allgemeinheit.

g) Ergebnis

Der zweispurige Vertrieb kann unter verschiedenen Aspekten gegen § 1 UWG verstoßen:

In seinen speziellen Erscheinungsformen verstößt der zweigleisige Vertrieb gegen das Verbot der trügerischen Reklame des § 1 UWG. Denn hier kann auch der vernünftige Verbraucher vom Preisunterschied auf einen Qualitätsunterschied schließen.

Eine gegen die guten Sitten verstoßende Behinderung der Mitbewerber ist dann gegeben, wenn der Hersteller die Preisspaltung bewußt und gezielt zur Eliminierung der Mitanbieter aus dem Markt anwendet.

Der zweigleisig vertreibende Hersteller handelt unlauter i. S. des § 1 UWG, wenn er seine gebundenen Händlerabnehmer durch die relativ billigere "Zweit-Gleis-Ware" einem unangemessenen Wettbewerbsdruck aussetzt, ihnen aber gleichzeitig durch die Tarnung des zweigleisigen Vertriebs die Möglichkeit nimmt, sich wirksam gegen den unverhältnismäßigen Wettbewerbsdruck zur Wehr zu setzen.

3. Zweigleisiger Vertrieb und § 1 Rab G¹⁾²⁾

In der Literatur wird die Meinung vertreten³⁾, der zweigleisige Vertrieb könne auch gegen § 1 Rab G verstoßen.

Setze der zweispurig vertreibende Hersteller die unterschiedlich markierten Waren der gleichen Produktion nicht über getrennte Absatzkanäle ab, sondern seien die einzelnen Produktvarianten im gleichen Einzelhandelsgeschäft erhältlich und verweise der Händler bei Verkaufsgesprächen, in seiner Werbung usw. grundsätzlich nur auf den teureren:

-
- 1) Zum Verhältnis des RabG zum UWG und zur Zugabe VO vgl. Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 11, 12 zu § 1 RabG.
 - 2) Zum wirtschaftspolitischen Instrument "Rabatt" vgl. Bussmann/Droste, Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, Essen 1951.
 - 3) Vgl. Völz, MA 1960, S. 50.

Markenartikel, so gewähre er, da er die billigere anonyme, aber technisch identische Ware nur an die Verbraucher verkaufe, die "in Kenntnis der Zusammenhänge"¹⁾ ausdrücklich auf den Kauf dieser billigeren Produktvariante bestünden, "Nachlässe von den Preisen, die der Unternehmer ankündigt oder allgemein fordert" (§ 1 RabG). Dies habe zur Folge, daß der Händler als Verletzer und der Hersteller an Anstifter gem. § 1 i. V. mit §§ 11, 12 Rab G verfolgt und auf Unterlassung in Anspruch genommen werden könne.

Diese Ausführungen sind m. E. unzutreffend. Auch der Verkauf der gleichen Ware zu gespaltenen Preisen an den Endverbraucher ist rabattrechtlich nicht zu beanstanden, sofern es sich um Normalpreise handelt. Erforderlich ist nur, daß die Preisdifferenzierung auf sachlichen Momenten beruht. Kein unerlaubter Preisnachlaß im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn die Beschaffenheit der Ware und nicht die Person des Käufers den niedrigeren Preis rechtfertigt.²⁾ Von diesem Gesichtspunkt hat man bei der Beurteilung eines etwaigen Verstoßes des zweigleisigen Vertriebs gegen das Rabattgesetz auszugehen.

Die unterschiedlich markierten Waren des zweigleisig vertreibenden Herstellers sind zwar im Hinblick auf ihre technische Qualität und Beschaffenheit gleich, nicht aber - und dies gilt auch für den Käufer, "der die Zusammenhänge kennt", - bezüglich ihrer wirtschaftlichen Qualität.

Auch wenn der Verbraucher Kenntnis von der Zweigleisigkeit hat, so bietet ihm immer nur der Markenartikel den Zusatznutzen der Risikominderung beim Kauf. Er muß immer damit rechnen, daß die markenfreie Produktvariante nicht den gleichen scharfen Produktionskontrollen unterworfen wurde oder daß es sich um Restposten handelt, die der Hersteller unmarkiert vertreibt, weil sie nicht dem Qualitätsstandard entsprechen, den er für notwendig hält, um den Ruf und die Wertschätzung seiner Marke zu erhalten. Ferner ist zu berücksichtigen, daß nur der bekannte teurere Markenartikel

1) Völp, MA 1960, S. 50.

2) Vgl. Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Rdz. 26, 27 zu § 1 Rab G; Godin-Hoth, a.a.O., Anm. 24 zu § 1 Rab G; Tetzner, Rabattgesetz, Kommentar, Berlin 1963, Anm. 75 ff. zu § 1 Rab G.

den oft mit dem sichtbaren Ge- oder Verbrauch einer Ware angestrebten Geltungsnutzen zu stiften vermag.

Der Grund für den niedrigeren Preis der anonymen Ware ist somit im unterschiedlichen Kaufrisiko und in der unterschiedlichen Fähigkeit, einen Geltungsnutzen zu stiften, zu sehen, nicht aber in der "Kenntnis der Zusammenhänge" einzelner Verbraucher. Da der niedrigere Preis der billigeren anonymen Ware durch die Beschaffenheit begründet ist und somit auf sachlichen Momenten beruht, kann man im zweigleisigen Vertrieb keinen gegen das Rabattgesetz verstoßenden Preisnachlaß sehen.¹⁾

4. Zweigleisiger Vertrieb und § 1 Zugabe VO

Die Frage, ob der zweigleisige Vertrieb gegen das Verbot der Zugabe (§ 1 Zugabe VO) verstößt, da die technisch identische anonyme Ware zu einem niedrigeren Preis als der Markenartikel erhältlich ist, kann ohne nähere Untersuchung verneint werden, weil der gesetzliche Begriff der Zugabe Preisdifferenzen nicht erfaßt.

Die Zugabe ist ein Sonderfall der Wertreklame; man hat darunter eine Ware oder Leistung zu verstehen, die neben der Hauptware bzw. Hauptleistung ohne spezielles Entgelt angeboten oder gewährt wird zum Zwecke der Forcierung des Absatzes der Hauptware bzw. der Hauptleistung.

Eine Verletzung des Verbotes der Zugabe durch den zweigleisigen Vertrieb ist aber auch noch aus einem anderen Grund zu verneinen. § 1, II, b Zugabe VO führt aus, daß das Verbot des Absatzes I nicht gilt, "wenn die Zugabe in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrage besteht".

III. Bedenken gegen den zweigleisigen Vertrieb in zivilrechtlicher Hinsicht

Die Frage, ob und unter welchen Umständen der zweigleisige Vertrieb zur Lückenhaftigkeit des Preisbindungssystems führt,

1) Gl. A. Jagenburg, Der Betrieb 1963, S. 1142 f.

wurde bereits an anderer Stelle untersucht.¹⁾ Als Ergebnis wurde dabei festgehalten, daß den nur mit dem preisgebundenen Markenartikel beliefernden Händlerabnehmern ein Festhalten an der vertikalen Preisbindung nicht mehr zugemutet werden kann und die Preisbindung damit lückenhaft wird, wenn sie durch die über das zweite Gleis abgesetzte Ware einem unverhältnismäßigen Wettbewerbsdruck ausgesetzt werden.

Das Problem der Lückenlosigkeit einer vertikalen Preisbindung wird vor allem im Zivilrecht behandelt.

Im Zivilrecht wird die Lückenlosigkeit als materielles Erfordernis für eine wirksame Durchsetzung der vertikalen Preisbindung angesehen. Ohne gedankliche und praktische Lückenlosigkeit wird einem Preisbindungssystem kein Rechtsschutz gewährt. Das System als solches bleibt aber bestehen und hört nicht etwa wegen der Lücke als Ganzes zu bestehen auf. Die Lückenlosigkeit der vertikalen Preisbindung ist nach ständiger Rechtsprechung und nach dem Schrifttum eine Voraussetzung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Preisbindungssystems.²⁾

Der einzelne Händler ist nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) an das durch die Zweigleisigkeit lückenhaft gewordene Preisbindungssystem nicht mehr gebunden, weil gleichzeitig mit dem Verzicht des zweigleisig vertreibenden Unternehmers auf die Lückenlosigkeit und Gleichmäßigkeit der Preisbindung dem einzelnen Preisbindungsvertrag die Geschäftsgrundlage entzogen wird.³⁾

Durch den Preisbindungsvertrag verzichtet der gebundene Händler auf den Einsatz seiner wichtigsten Waffe im Konkurrenzkampf, der Preispolitik. Selbstverständliche Voraussetzung hierfür ist aber, daß der Preisbinder allen in Betracht kommenden Wettbewerbern diese Waffe ebenfalls abnimmt. Es genügt nicht, daß er sie nur zur Einhaltung des gebundenen Preises verpflichtet; vielmehr muß er auch

1) Vgl. oben, S. 106 ff.

2) RGZ 133, 330; 136, 65; 151, 239; OLG Frankfurt/Main Urteil vom 17.7.1958, BB 1958, S. 853.; OLG Düsseldorf, BB 1957, S. 659 ff.; Schwartz, Gem.Komm., Rdz. 5 zu § 17 GWB.

3) Vgl. Völz, Preisbindung für Markenartikel, S. 102 ff. mit weiteren Nachweisen; Jagenburg, Der Betrieb, S. 1143; v. Zwehl, BB 1966, S. 186.

für die Befolgung dieser Verpflichtung sorgen. Ohne daß es einer ausdrücklichen Erwähnung bedürfte, ist diese Voraussetzung Geschäftsgrundlage jedes Preisbindungssystems und jedes einzelnen Preisbindungsvertrages. Kein Hersteller kann damit rechnen, daß auch nur ein Händlerabnehmer auf seine Preisfreiheit verzichten würde, wenn seine Wettbewerber nicht ebenfalls dieser Beschränkung unterworfen werden und unterworfen bleiben.

Die Lückenlosigkeit erweist sich somit als ein typischer Fall der Geschäftsgrundlage. Wird durch den zweigleisigen Vertrieb das Preisbindungssystem lückenhaft, so kommt die Geschäftsgrundlage in Wegfall und die gebundenen Händlerabnehmer werden von ihrer Preisbindungsverpflichtung nach Treu und Glauben frei.¹⁾

IV. Sonderfälle der Zweigleisigkeit

1. Werbung mit "I a Markenbenzin" durch "freie" Tankstellen

Auf den zweigleisigen Vertrieb von Benzin wurde bereits hingewiesen. Inwieweit für das über das zweite Gleis abgesetzte Benzin mit "Markenbenzin" geworben werden darf, war Gegenstand eines Urteils des Bundesgerichtshofs,²⁾ auf das seiner Aktualität wegen näher eingegangen werden soll.

a) Sachverhalt

Der Inhaber einer freien Tankstelle, dessen Zapfsäulen nicht mit dem Namen oder Zeichen einer Treibstoffirma gekennzeichnet sind, vertrieb zu geringeren Preisen als die Markentankstellen Benzin, das er aus dem gleichen Großtank bezog, aus dem auch verschiedene Treibstoffvertriebsgesellschaften ihr unter ihren Marken vertriebenes Benzin beziehen. Das von ihm angebotene Benzin war also mit den von jenen Firmen angebotenen Markentreibstoffen identisch. Der Tankstelleninhaber warb auf der Außenwand seines Tank-

1) Vgl. v. Gamm, NJW 1959, S. 967; Völz, Preisbindung für Markenartikel, S. 103.

2) Vgl. Der Betrieb 1965, S. 966.

stellengebäudes mit der Anschrift "I a Markenbenzin". Eine Vereinigung zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbes verlangte die Unterlassung dieser Werbeangabe, sofern die Marke des angebotenen Treibstoffes nicht deutlich erkennbar gemacht werde. Landgericht und Oberlandesgericht Koblenz haben die Klage abgewiesen; der BGH hat ihr mit folgender, hier auszugsweise wiedergegebener, Begründung stattgegeben:

b) Die Auffassung des BGH

Gegenstand des Rechtsstreites sei die Frage, ob ein Händler die von ihm angebotene unmarkierte Ware, im vorliegenden Fall Benzin, als Markenware bezeichnen dürfe.

Auch das Berufungsgericht vertrete grundsätzlich die Ansicht, daß eine derartige Werbeangabe gegen die Gebote des lautereren Wettbewerbs verstoße. Das Wort "Markenware" bezeichne nach seinem "einfachen und sprachlichen Sinn", in dem der Verbraucher es auffasse und der für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung allein relevant sei, daß die Ware im Gegensatz zu einem anonymen Erzeugnis ihrer Herkunft nach legitimiert sei. Diese Legitimation gebe der Verbraucherschaft die Garantie, daß der Markeninhaber hinter seinem Produkt stehe, indem er sich als derjenige bekenne, der es in den Verkehr gebracht habe. Die Vorstellung, "diese Gewähr und zugleich eine Kontrollmöglichkeit zu haben", müsse nicht mit der Erwartung einer bestimmten Qualität verknüpft sein, so vor allem nicht mit der Annahme, die Markenware zeichne sich durch besondere Qualität aus. Der bei der Werbung mit dem Wort "Markenware" von der Verbraucherschaft erwartete Vorteil liege allein bereits in der Gewißheit, daß die Herkunft der Ware der Markierung entnommen werden könne und daß der Markeninhaber das Produkt für Wert gehalten habe, als das seinige erkannt und "als solches auf seine Eigenschaften geprüft zu werden".

Biete ein Händler ein unmarkiertes Erzeugnis als Markenware an, so verstoße er in doppelter Hinsicht gegen die guten wettbewerbslichen Sitten (§ 1 UWG). Er locke das Publikum an, indem er eine Bezeichnung verwende, mit der es eine

andere und vor allem günstigere Vorstellung verbinde, als dies der tatsächlichen Sachlage entspreche. Dadurch, daß der Händler versuche, die mit dem Wort "Markenware" verbundene Wertvorstellung für seine eigenen geschäftlichen Ziele auszunutzen, gefährde er gleichzeitig ihren Weiterbestand. Auf längere Sicht gesehen werde der Unterschied zwischen einer Markenware und einem anonymen Erzeugnis verwischt, wenn letztere "allenthalben sinnwidrig ebenfalls als Markenware angekündigt werden dürften". Die Reinhaltung der beim Verbraucher bestehenden berechtigten Vorstellung vom Begriff "Markenware" liege aber nicht nur im Interesse des Markeninhabers, sondern auch der Verbraucher und damit der Allgemeinheit. Die Verwendung desselben Begriffes für unmarkierte Erzeugnisse sei geeignet, "Täuschungen über die Qualität und Warenherkunft zu erleichtern und dem Publikum die Feststellung der Herkunftsstätte der Ware zu erschweren, wenn nicht sogar unmöglich zu machen". Durch eine Beeinträchtigung des Begriffs "Markenware" zugleich den in diesem Begriff steckenden werbemäßigen Vorteil wahrzunehmen, verstoße gegen die guten Sitten des redlichen Geschäftsverkehrs.

Im Handel mit Benzin mache das Berufungsgericht nun eine Ausnahme; die dafür angeführten Gründe seien jedoch nicht überzeugend.

Das Berufungsgericht meine, "kein Kraftfahrer könne 'vernünftigerweise' beim Lesen der Ankündigung 'I a Markenbenzin' der Auffassung sein, der Beklagte biete ihm eine mit der Marke versehene Ware an", so z. B. Shell- oder Esso-Benzin. Jeder Kraftfahrer sei nach seinen bisherigen Erfahrungen mit Kraftstoff überzeugt, daß ihm ein derartiges Markenbenzin nur an einer entsprechend markierten Zapfsäule verkauft werde. Es sei ihm damit bewußt, daß die Ankündigung sich nicht auf die Herkunft des Treibstoffs beziehen könne; "er nehme lediglich an, daß ihm ein Qualitätserzeugnis einer allgemein anerkannten Herstellerfirma angeboten werde".

Diese vom Berufungsgericht aus der allgemeinen Lebenserfahrung hergeleiteten Feststellungen hielten einer recht-

lichen Nachprüfung nicht stand. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Kraftfahrer nähmen 'vernünftigerweise' allgemein nicht an, daß ihnen Benzin eines bekannten Unternehmens verkauft werde, sei nicht mit der Folgerung vereinbar, die Kraftfahrer gingen davon aus, daß ihnen Qualitätsbenzin einer "allgemein anerkannten Herstellerfirma" angeboten werde. Unklar sei ferner die vom Berufungsgericht dem Begriff "markierte Ware" beigelegte Definition, indem es mit dem zur Abgrenzung ungeeigneten Wort "etwa" nur auf zwei besonders bekannte Hersteller verweise. "Wird Benzin, das von diesen Unternehmen hergestellt ist, im Einzelfall nach dem Willen der Markeninhaber nicht unter deren Marken vertrieben, so ist es eben keine 'markierte Ware', und zwar auch nicht nach der Vorstellung der Verbraucher."

Selbst wenn die Behauptung des Beklagten, daß Markenbenzine allgemein doppelgleisig vertrieben würden, für alle Hersteller von Markenbenzin zuträfe, so sei dies dennoch kein Grund, die Werbeankündigung "I a Markenbenzin" wettbewerbsrechtlich anders als vorstehend zu beurteilen. In diesem Fall würde zwar der Gesichtspunkt des Schutzes der Markeninhaber auf dem Benzinsektor entfallen; es bliebe aber der Gesichtspunkt des Schutzes der Allgemeinheit in ihrer Auffassung, daß "Markenware" einen Herkunftshinweis durch Bekanntgabe der Marke voraussetze, der im Verkehr als Gütegewähr gewertet werde. Bei Offenlegung der Herkunftsstätte wirke sich eine Enttäuschung der Qualitätserwartungen des Verbrauchers zwangsläufig nachteilig auf den künftigen Absatz derart markierter Waren aus. "Auch würden ... durch eine Aushöhlung und Entwertung des Begriffs 'Markenbenzin' alle Händler betroffen werden, die Benzin unter Bekanntgabe der Marke verkaufen."

c) Eigene Stellungnahme zum BGH-Urteil

Die Begründung des BGH-Urteils vermag wenig zu überzeugen.

Der BGH führt zur Begründung seines Unterlassungsurteils

zwei Gründe an:

1. Der Händler locke die Verbraucherschaft durch den Gebrauch einer Bezeichnung an, mit der das Publikum eine günstigere Vorstellung verbinde, als dies der tatsächlichen Sachlage entspreche.
2. Das Verhalten des Tankstelleninhabers, der durch die sinnwidrige Verwendung des Begriffes "Markenbenzin" (Allgemein gesprochen: Markenware) die mit diesem Begriff verbundenen Wertvorstellungen beeinträchtigt und gleichzeitig diese Vorstellungen zum eigenen Vorteil ausnütze, sei sittenwidrig.

Zu 1. Richtig ist die Feststellung des BGH, der Verkehr verstehe unter einer Markenware eine Ware, die durch die Markierung ihrer Herkunft nach legitimiert ist. Das öffentliche Bekenntnis des Herstellers zu seinem Erzeugnis wird vom Verkehr als Qualitätsgarantie im tatsächlichen Sinne gewertet, dergestalt, daß der Markeninhaber einen Absatzrückgang als wirtschaftliche Folge enttäuschter Qualitätserwartungen zu tragen bereit ist, dem er beim Angebot anonymen Waren wenigstens zum Teil entgehen könnte. Diese allgemeine Aussage gilt auch für den speziellen Fall des "Markenbenzins".

Entscheidend dafür, ob eine Angabe i. S. d. Wettbewerbsrechts irreführend ist, ist nicht, was der Verkehr unter einem bestimmten Begriff "an sich" versteht; entscheidend ist vielmehr allein die Beurteilung durch den angesprochenen und damit maßgebenden Personenkreis. Im konkreten Fall sind dies die Kraftfahrer.

Wird von einer freien Tankstelle "Markenbenzin" angeboten, so hat diese Werbeangabe m. E. für den Kraftfahrer nur den Inhalt, daß es sich bei dem Angebot um "Qualitätsbenzin" einer allgemein anerkannten Herstellerfirma handelt. Der Verbraucher geht grundsätzlich davon aus, daß das an freien Tankstellen angebotene Benzin technisch identisch ist mit einem der unter einer Markierung vertriebenen Treibstoffe, d. h. der Verbraucher hat in bezug auf diese Waren-gattung grundsätzlich Kenntnis vom zweigleisigen Vertrieb.

Ein derartiger zweigleisiger Vertrieb lag ja auch dem zu beurteilenden Fall zugrunde.

Ausgehend von dieser Kenntnis und Vorstellung des Publikums bedeutet die Werbeangabe ("Markenbenzin") einer freien Tankstelle nicht mehr und nicht weniger, als daß sie ihren Treibstoff aus dem gleichen Großtank bezieht wie die Tankstellen, die den Namen und das Zeichen einer bekannten Treibstofffirma tragen.

Abschließend läßt sich somit festhalten, daß dem Berufungsgericht zuzustimmen ist, wenn es feststellt, der Verbraucher werde durch die Werbeangabe "Markenbenzin" nicht getäuscht.¹⁾²⁾³⁾

Zu 2. Unabhängig von der angeblichen Täuschung der Verbraucher begründet der BGH sein Unterlassungsurteil damit, daß der beklagte Tankstelleninhaber die mit dem Begriff "Markenware" verbundene Wertschätzung für seine individuellen Zwecke ausnutze und damit ihren Weiterbestand gefährde, da der Unterschied zwischen einer Markenware und einem als Markenware angekündigten anonymen Erzeugnis verwischt würde. Die Reinerhaltung des Begriffes "Markenware" liege aber sowohl im Interesse des Markeninhabers wie der Allgemeinheit.

Bei dem von allen Markeninhabern praktizierten zweigleisigen Vertrieb entfalle zwar der Gesichtspunkt des Schutzes des Markeninhabers auf dem Warenssektor Benzin, es bleibe aber der Gesichtspunkt des Schutzes der Allgemeinheit und deshalb erfahre die wettbewerbsrechtliche Würdigung der Werbeangabe "I a Markenbenzin" keine Änderung.

Bei der Beurteilung der vom BGH zur Begründung seines Unterlassungsurteils unter dem erwähnten rechtlichen Aspekt vor-

1) M. E. gelten diese Bemerkungen nicht nur für den Vertrieb von "Markenbenzin" durch freie Tankstellen, sondern auch für das Angebot anderer nicht markierter Waren, die die gleiche Beschaffenheit wie Markenartikel aufweisen, da sie aus dem gleichen Produktionsgang stammen, sofern der Verbraucher in seiner Allgemeinheit Kenntnis von der Zweigleisigkeit hat. In solchen gleich gelagerten Fällen wird man keine Irreführung des Käufers durch die Werbeangabe "Markenware" anzunehmen haben.

2) Vgl. dazu auch Rundschreiben des Markenverbandes, Nr. 50, 1967.

3) Vgl. ferner die Ausführungen zu § 3 UWG und § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB.

genommenen Interessenabwägung läßt sich feststellen, daß diese unvollständig ist. Unberücksichtigt bleibt zunächst, daß es auch im Interesse des Verbrauchers liegt, zu erfahren, ob er ein mit dem bekannten teureren Markenbenzin technisch identisches Benzin, wenn auch ohne Marke, billiger erwerben kann. Nicht beachtet wird m. E. vom BGH ferner das berechnigte Interesse des beklagten Händlers, darauf hinweisen zu dürfen, daß die Markeninhaber zweigleisig vertreiben und somit das von ihm angebotene Benzin dem an anderer Stelle unter einer Marke angebotenen Treibstoff qualitativ gleich ist. Wenn der Markenartikelbegriff gefährdet wird, dann durch den zweigleisigen Vertrieb¹⁾. Dem Händler kann aber dann nicht die Aufgabe überantwortet werden, für die Reinerhaltung des Markenartikelbegriffs Sorge zu tragen.

Nach Ansicht des Verfassers ist das Unterlassungsurteil des BGH nicht gerechtfertigt.²⁾

2. Bezeichnung des Weines nach einer anderen als seiner wahren Herkunft

Entsprechend der zu Beginn dieser Arbeit gegebenen Definition der Zweispurigkeit liegt ein zweigleisiger Vertrieb auch dann vor, wenn der gleiche Wein unter verschiedenen Bezeichnungen abgegeben wird.

Inwieweit ein solches Handeln gegen das Wein G verstößt, war Gegenstand eines Urteils des I. Strafsenats des Reichsgerichts.³⁾

a) Sachverhalt

Die beiden Angeklagten oder einer von ihnen hatte den "Alsheimer Sonnenberg" neun Bezeichnungen, dem "Lieserer Schloßberg" sieben Bezeichnungen, dem "Guntersblumer Engpaß" sieben, dem "Ludwigshöher Appenthal" vier, dem "Dittelsheimer Kloppberg" fünf, dem "Ensheimer Liebhöhle" drei und dem "Dien-

1) Vgl. aber dazu oben, S. 104 ff.

2) Gl.A. Schibel, BB 1965, S. 967.

3) Urteil vom 2. März 1937, RGSt 71/87.

heimer Silzbrunnen" acht verschiedene Bezeichnungen gegeben.¹⁾

Während das LG Mainz nur in den ersten beiden Fällen einen Verstoß gegen das Weingesetz annahm, sah das RG weder die Beurteilung noch den Standpunkt des Landgerichts über den Umfang des Rechtes zu Umbenennungen als zutreffend an.

b) Die Entscheidung des Reichsgerichts

Das RG geht in seinem Urteil davon aus, daß auch das Weingesetz vom Grundsatz der Wahrheit beherrscht werde, der aber in § 6, II, S. 2 Wein G zugunsten der Winzer weniger bekannter Weinorte durchbrochen werde. Dieser Ausnahmegesetzgebung müßten jedoch enge Grenzen gesetzt werden. "Den Belangen der Winzer schlechterer Lagen ist vollauf Genüge geschehen, wenn ihre Ware eine Bezeichnung einer benachbarten oder nahe gelegenen Gemarkung oder einer sog. 'Gattungslage' bekannten Namens erhält; denn damit ist der Wein in der Absatzfähigkeit dem Weine dieser Lage im wesentlichen gleichgestellt." Kein Anlaß bestehe jedoch, die betreffenden Winzer dadurch besser zu stellen, daß man erlaube, "aus einer Einheit des umzubennenden Weins eine ganze Anzahl verschieden bezeichneter Weine zu machen; die Vorschrift soll nicht dazu dienen, dem Winzer oder dem Händler die Möglichkeit zu geben, ein möglichst reichhaltiges Weinlager vorzutäuschen".

§ 6, II, S. 2 Wein G gebe nur das Recht, unter den dort angeführten Voraussetzungen die wirkliche Herkunftsbezeichnung durch eine andere zu ersetzen.²⁾ Rechtlich sei

-
- 1) Vgl. auch Spiegel, 4.7.1962, S. 52: Der Niersteiner Gutsbesitzer Gustav Adolf Schmitt zapfte aus ein und demselben Faß: (1) 1957er Niersteiner Großer Auflangen
Terrasse Riesling Spätlese,
(2) 1957er Oppenheimer Herrenberg
Spätlese Naturgewächs Cabinet und
(3) 1957er Niersteiner Oelberg Spätlese.

* "Solcherlei Säfte verkaufte er nicht nur unter verschiedenen Bezeichnungen, sondern auch zu unterschiedlichen Preisen."

- 2) Entwickelt sich der Wein auf Grund des Einflusses verschiedener äußerer Umstände verschieden, so ist es vom rechtlichen Standpunkt aus unbedenklich, die einzelnen verschiedenen Entwicklungsergebnisse unterschiedlich zu benennen. Vgl. dazu auch Hieronimi, Getränkegesetz, München 1962, S. 416.

es nicht vertretbar, daß Weine, die in einem Faß ausgegoren hätten, im Anschluß an die Umfüllung in kleinere Gebinde unter verschiedenen Bezeichnungen in den Handel gebracht würden. Völlig unzulässig sei es aber, Wein aus demselben Faß unter verschiedenen Namen anzubieten. Für Wein aus demselben Faß könne und dürfe es nur einen Namen geben.

Ferner verstoße das Verhalten der Angeklagten gegen § 5 Wein G. Ihr Verhalten gehe über die Ersetzung des Namens einer Einheit durch einen anderen zugelassenen Namen hinaus, da die Angeklagten vortäuschten, daß sie Weine der in ihren Preislisten genannten Art zur Verfügung hätten, in Wahrheit sich aber die unterschiedlichen Bezeichnungen auf die gleiche Einheit beziehe. "Sie haben Verschiedenartigkeit vorgetäuscht, wo vollkommene Gleichheit bestand. Dieses Verfahren erfüllt den Tatbestand des Feilhaltens und Verkaufens von Wein unter einer irreführenden Bezeichnung."

E. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Abschließend sollen die wichtigsten Ergebnisse kurz zusammengefaßt werden.

Während die Frage, ob der zweigleisige Vertrieb eine betriebspolitisch sinnvolle Maßnahme ist, nicht generell, sondern nur unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse des Einzelfalls beantwortet werden kann, hat sich herausgestellt, daß diese Absatzmethode aus gesamtwirtschaftlicher Sicht gesehen vor allem wegen ihrer Fähigkeit, erstarrte Preissysteme aufzulockern, positiv zu bewerten ist.

Die These des Bundeskartellamtes und der h. M. im Schrifttum, die Preisbindung beim zweigleisigen Vertrieb werde wegen der mit dieser Absatzmethode verbundenen Täuschung der Verbraucherschaft und Ablenkung von einer wettbewerbsgesteuerten Einkommensverteilung mißbräuchlich gehandhabt (§ 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB), besitzt - wie die Analyse dieser Frage ergeben hat - keine generelle Gültigkeit, da einesteils bei bestimmten Warengattungen der als Abnehmer relevante Verwenderkreis ausreichende Kenntnis dieser Absatzpolitik hat und anderenteils bei bestimmten Produkten das Bekanntwerden der Preisspaltung keinen Einfluß auf die Kaufentscheidung bzgl. des Markenartikels ausübt. Etwas anderes gilt nur für die oben angeführten "speziellen" Erscheinungsformen des zweispurigen Vertriebs.

Weiterhin hat sich herausgestellt, daß die Zweigleisigkeit das Preisbindungssystem lückenhaft macht, wenn den nur mit dem Markenartikel belieferten Händlerabnehmern aus Wettbewerbsgründen ein weiteres Festhalten an der vertikalen Preisbindung nicht mehr zugemutet werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn vor dem Bekanntwerden der Preisspaltung beim Publikum die Preisdifferenz zwischen den unterschiedlich markierten Ausführungen größer ist als der entsprechende Reflex der Verbraucherpräferenzen oder wenn das Bekanntwerden der Zweispurigkeit zu Absatzschwierigkeiten der gebundenen Wiederverkäufer führt. Eine derart lückenhafte Preisbindung kann nach § 17, I, S. 1, Ziff. 2 GWB vom BKA für

unwirksam erklärt werden, da sie dazu beiträgt, den Ruf der betreffenden Marke zu schädigen, anstatt den Wert der Marke in Übereinstimmung mit dem Sinn des § 16 GWB zu sichern.

Die Untersuchungen haben ferner gezeigt, daß - auch im Fall erheblicher Preisunterschiede - der zweigleisige Vertrieb nicht als ein sicheres Indiz einer gesamtwirtschaftlich nicht mehr gerechtfertigten Preisbindung angesehen werden kann (§ 17, I, S. 1, Ziff. 3, GWB). Selbst die gesetzliche Mißbrauchsvermutung des § 17, I, S. 2 GWB hilft der Kartellbehörde nicht aus den Schwierigkeiten eingehender Kosten- und Marktuntersuchungen, sofern sie sich der Alternative der Ziff. 3 dieser Vorschrift bedienen will. Ein genereller Schluß von der Preisspaltung auf eine Überteuering der gebundenen Ware wäre nicht nur falsch, sondern würde sich gesamtwirtschaftlich gesehen sogar negativ auswirken, vor allem deshalb, weil in diesem Fall sich eine stärkere Stabilisierung der gebundenen Preise einstellen würde und die dynamischen Wirkungen der Zweigleisigkeit, erstarrte Preissysteme aufzulockern, nicht zum Tragen kämen.

Schließlich wurde der zweigleisige Vertrieb unter kartellrechtlichem Aspekt noch daraufhin untersucht, ob er einen Verstoß gegen § 26, II, 1. oder 2. Alternative GWB darstellt. Auch diese Frage kann keine generelle Beantwortung erfahren, sondern muß im Einzelfall entschieden werden.

Ist bei der Preisspaltung der Unterschied der Fabrikabgabepreise der über getrennte Absatzkanäle vertriebenen Produktvarianten größer als der entsprechende Reflex der Verbraucherpräferenzen, so ist die Schlechterstellung der nur mit dem über das erste Gleis vertriebenen Markenartikel - unabhängig davon, ob dieser preisgebunden oder preisfrei ist - belieferten Händler nach § 26, II GWB unzulässig, sofern der zweigleisig vertreibende Hersteller marktbeherrschend im Sinne dieses Gesetzes ist.

Das Interesse des Produzenten an der für ihn vorteilhaften Vertriebsmethode kann in diesem Fall den Nachteil der Verfälschung der Wettbewerbslage auf der Wiederverkaufsebene

nicht kompensieren. Gegenüber Nur-Preisbindern ist diese Vorschrift keine wirksame Handhabe, eine unverhältnismäßige Preisdifferenz bei der Zweispurigkeit zu verbieten.

Einen Verstoß gegen § 26, II, 1. Alternative GWB (unbillige Behinderung der Mitbewerber) hat man beim gespaltenen Vertrieb dann anzunehmen, wenn dieser bewußt und gezielt zur Vernichtung der Konkurrenz eingesetzt wird. Äußeres Anzeichen dafür ist, daß es sich beim Verkauf über das zweite Gleis um ein echtes Verlustgeschäft handelt und gleichzeitig der Preis der billigeren Ausführung erheblich unter dem Verkaufspreis vergleichbarer Waren liegt.

In wettbewerbsrechtlicher Hinsicht wurde zunächst festgestellt, daß entgegen der h. M. im Schrifttum die klassischen Erscheinungsformen der Zweispurigkeit nicht gegen das Verbot der trügerischen Werbung (§ 3 UWG) verstoßen. Unabhängig davon, ob im Einzelfall ein mehr oder weniger großer Verwenderkreis durch die Preisspaltung getäuscht wird, entfällt in diesen Fällen die Anwendung des § 3 UWG, da ein schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit an einem Verbot des "geheimen" zweigleisigen Vertriebs nicht besteht. Etwas anderes gilt wiederum nur für die speziellen Erscheinungsformen der Preisspaltung.

Bei der Analyse, ob die Doppelgleisigkeit mit § 1 UWG vereinbar ist, wurde ersichtlich, daß auch hier eine generelle Antwort nicht möglich ist. Der zweigleisig vertreibende Hersteller handelt dann unlauter, wenn er seine gebundenen Händlerabnehmer durch die billigere Produktvariante einem unangemessenen Wettbewerbsdruck aussetzt, ihnen aber durch die Geheimhaltung dieser Absatzmethode die Möglichkeit nimmt, sich wirksam zur Wehr zu setzen. Ein Verstoß gegen § 1 UWG ergibt sich ferner unter dem Gesichtspunkt des Behinderungswettbewerbs, wenn die Preisspaltung bewußt zur Vernichtung der Konkurrenz eingesetzt wird. Schließlich wurde festgestellt, daß die speziellen Erscheinungsformen der Zweispurigkeit wegen der damit verbundenen Täuschung der Verbraucher nicht nur gegen § 3 UWG, sondern auch gegen § 1 UWG verstoßen.

Zivilrechtlich gesehen führt der zweigleisige Vertrieb von Markenartikeln bei unverhältnismäßigen Preisunterschieden zwischen den über getrennte Absatzkanäle vertriebenen Produktvarianten dazu, daß der einzelne, nur mit dem preisgebundenen Markenartikel belieferte Händler an das durch die Preisspaltung nunmehr lückenhaft gewordene Preisbindungssystem wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach Treu und Glauben nicht mehr gebunden ist.

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

1. Buchveröffentlichungen und Dissertationen

- | | |
|-------------------------|--|
| Abbott, Lawrence | Qualität und Wettbewerb. Ein Beitrag zur Wirtschaftstheorie. München und Berlin 1958. |
| Angehrn, Otto | Handelsmarken und Markenartikelindustrie. Schriftenreihe des Forschungsinstituts für das Markenwesen, Bd.4, Freiburg i. Br. 1960. |
| Baumbach-Hefermehl | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. 8. Aufl., München und Berlin 1960 (Zitierweise: Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl.).
Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, 9. Aufl., München und Berlin 1964; (Zitierweise: Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl.). |
| Bergler, Georg | Der chemisch-pharmazeutische Markenartikel. Stuttgart 1933. |
| Bergler, Reinhold | Psychologie des Marken- und Firmenbildes, Göttingen 1963. |
| Böhning, Karl | Möglichkeiten und Grenzen der betriebswirtschaftlichen Preisdifferenzierung - eine preispolitische Untersuchung. Diss. Frankfurt a.M. 1953. |
| Brinkmann, Heinz-Volker | Markttransparenz und Wettbewerbsrecht. Diss. Göttingen 1963. |
| Busmann/Droste | Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts. Essen 1951. |
| Crisp, Richard D. | Absatzforschung. Marketing Research. Essen 1959. |
| Dichter, Ernest | Strategie im Reich der Wünsche. Düsseldorf 1961. |
| Eitel, Karl | Schichtung des Konsumgütermarktes. Diss. Nürnberg 1966. |
| Etmer, Horst-Christian | Die besonderen Risiken der Markenartikelindustrie. Wesen und Begriff des Markenartikelrisikos. Die Markenartikelrisiken im einzelnen. Münster 1958. |
| Fikentscher, Wolfgang | Die vertikale Preisempfehlung. München und Berlin 1960. |

- Fikentscher, Wolfgang Die Preisunterbietung im Wettbewerbsrecht. 2. Aufl., Heidelberg 1962.
- Fiuczynski, Hans W. Die Produkt- und Preispolitik der Markenartikelhersteller. Freiburg i. Br. 1960.
- Frankfurter Kommentar Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Von Kaufmann, Rautmann, Strickrodt, v. Hahn, Hoffmann, Kreifels. Köln 1962 (Zitierweise: Frankfurter Kommentar).
- Friedrichs, Günter Verkaufswerbung; ihre Technik, Psychologie und Ökonomie. Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 36, Berlin 1958.
- Gleiss/Hootz Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Systematische Fundstellensammlung und weitere Gesetze. Heidelberg 1966.
- Godin-Hoth Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Berlin 1957.
- Gutenberg, Erich Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre. Bd. 2: Der Absatz. 10. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1967.
- Hax, Herbert Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie. Beiträge zur betriebswirtschaftlichen Forschung, Bd. 10, Köln 1961.
- Hieronimi, Hermann Getränkegesetze. Kommentar. München 1952
- Hoppmann, Erich Vertikale Preisbindung und Handel. Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 29, Berlin 1957.
- Binnenhandel und Binnenhandelspolitik. Berlin 1958.
- Jacob-Steinorth, Karl Der zweigleisige Vertrieb von Markenwaren im deutschen und amerikanischen Recht. Berkeley-Kölner Rechtsstudien, hrsg. von den rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universität von Kalifornien in Berkeley und der Universität zu Köln, Kölner Reihe, Bd. 5, Karlsruhe 1964.
- Kolms, Heinz Finanzwissenschaft. Bd. 1: Grundle-
gung. Öffentliche Ausgaben. 3. Aufl., Berlin 1966.

- Kosiek, Kurt Einzelprobleme bei der vertikalen Preisbindung (§ 16 GWB). Diss. Münster 1962.
- Krelle, Wilhelm Preistheorie. Tübingen 1961.
- Krügel, Hans Preisdifferenzierung. Berlin 1936.
- Krusche, Dieter Marktverhalten und Wettbewerb. Eine Untersuchung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Beiträge zur Verhaltensforschung, Heft 3, Berlin 1961.
- Kruse, Albrecht Die Produktdifferenzierung in Theorie und Praxis. Schriftenreihe des Instituts für das Markenwesen, Bd. 2, Freiburg i. Br. 1960.
- Kühne, Karl Funktionsfähige Konkurrenz. Monopolistische Restriktion und Wettbewerbsproblem in der modernen Wirtschaft. Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 39, Berlin 1958.
- Lampe, Adolf Binnenhandel und Binnenhandelspolitik. In: Adolf Weber, Volkswirtschaftslehre, Bd. 4: Handels- und Verkehrspolitik. München 1933.
- Langen, Eugen Kommentar zum Kartellgesetz. 3. Aufl., Neuwied-Berlin-Darmstadt 1958.
- Marbach, Fritz Kartelle, Trusts und Sozialwirtschaft. Bern 1932.
- Mayer-Wegelin Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Frankfurt a.M. 1960.
- Maynard-Beckman Principles of Marketing. 5th ed., New York 1952.
- Mellerowicz, Konrad Markenartikel - Die ökonomischen Gesetze ihrer Preisbindung und Preisbildung. München 1955 (Zitierweise: Mellerowicz, Markenartikel).
- Michalski, Kurt Das Prinzip der Preisdifferenzierung. Leipzig 1932.
- Müller-Gries Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Frankfurt a.M. 1958.
- Müller/Henneberg -
 Schwarz, u.a. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Gemeinschaftskommentar). Köln-Berlin 1958 (Zitierweise: Gemeinschaftskommentar).

- Müller/Henneberg -
Schwarz, u.a. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen und europäisches Kartell-
recht. Gemeinschaftskommentar.
2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München
1963 (Zitierweise: Gemeinschafts-
kommentar, 2. Aufl.).
- Novelle 1965 zum Gesetz gegen Wett-
bewerbsbeschränkungen. Köln-Berlin-
Bonn-München 1966 (Zitierweise:
Nachtrag 1966 zum Gemeinschafts-
kommentar).
- Rasch/Westrick Wettbewerbsbeschränkungen. Kartell-
und Monopolrecht. Kommentar zum Ge-
setz gegen Wettbewerbsbeschränkun-
gen und Erläuterungen zum europäischen
Kartellrecht. Herne-Berlin 1966.
- Reimer, Eduard Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht.
3. Aufl., Köln - Berlin 1954.
- Rieger, Horst R.W. Der Güterbegriff in der Theorie des
Qualitätswettbewerbs. Ein Beitrag
zur Reduktion der subjektiven Quali-
tät auf ihre psychologischen Grund-
lagen. Volkswirtschaftliche Schrif-
ten, Heft 67, Berlin 1962.
- Röper, Burkhardt Die vertikale Preisbindung bei Mar-
kenartikeln. Untersuchungen über
Preisbildungs- und Preisbindungs-
vorgänge in der Wirklichkeit. Tübin-
gen 1955.
- Kritisches zum IFO-Gutachten über
die vertikale Preisbindung. München
1964.
- Sarnighausen, Hans-Cord Der Mißbrauch im Recht der Wettbe-
werbsbeschränkungen. Diss. Göttingen
1961.
- Schäfer, Erich Die Unternehmung. Einführung in die
Betriebswirtschaftslehre. 5. Aufl.,
Köln und Opladen 1963.
- Grundlagen der Marktforschung. Markt-
untersuchung und Marktbeobachtung.
4. Aufl., Köln und Opladen 1966.
- Schneider, Erich Einführung in die Wirtschaftstheorie.
6. Aufl., Teil II, Tübingen 1960.
- Sölter, Arno Markenpreisbindung und Marktinte-
gration. Düsseldorf 1964.

- Spengler, Albrecht Preisschleuderei, Preisdiskriminierung und Wettbewerbsregeln. WuW-Schriftenreihe, Heft 2, Düsseldorf 1955.
- Suhr, Werner Markenartikel-Trumpf auf allen Märkten. München 1961.
- Summerer, Lothar Die ungleiche Behandlung von Kunden. Eine kartell- und wettbewerbsrechtliche Untersuchung. Düsseldorf 1958.
- Sundhoff, Edmund Absatzorganisation. Wiesbaden 1959.
- Thurmann, Peter Grundformen des Markenartikels. Versuch einer Typologie. Berlin 1961.
- Tetzner, Heinrich Kartellrecht. 2. Aufl., München und Berlin 1967.
Rabattgesetz. Kommentar. Berlin und Frankfurt am Main 1963.
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Kommentar. Köln 1957.
- Vershofen, Wilhelm Die Marktentnahme als Kernstück der Wirtschaftsforschung. Neuausgabe des ersten Bandes des Handbuchs der Verbrauchsforschung. Berlin-Köln 1959.
- Vormbaum, Herbert Differenzierte Preise. Differenzierte Preisforderungen als Mittel der Betriebspolitik. Beiträge zur betriebswirtschaftlichen Forschung, Bd. 9, Köln 1960.
- Völpl, Fromut Preisbindung für Markenartikel. Münster 1961.
- Wöhe, Günter Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre. 7. Aufl., Berlin und Frankfurt 1967.
- Wörmer, Peter Vertikale Preisbindung. Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 68, Berlin 1962.

2. Aufsätze in Zeitschriften und Beiträge in
Sammelwerken

- Angehrn, Otto Die Handelsmarke. Ihre Formen, Entstehungsgründe und Entwicklungstendenzen. In: Der Markenartikel 1959, S. 279 - 296.
- Barnickel, Hans-
 Heinrich Zur Theorie des "Möglichen Wettbewerbs". In: Wirtschaft und Wettbewerb 1958, S. 600 - 614.
- Beckers, G. Der zweigleisige Vertrieb von Fabrikanten- und Verteilermarken. In: Der Markenartikel in der neuen Handelsstruktur, hrsg. von der Stiftung "Im Grüene", Bd. 19, Zürich 1960, S. 71 - 85.
- Benisch, Werner Buchbesprechung: Der zweigleisige Vertrieb von Markenwaren im deutschen und amerikanischen Recht von Jacob-Steinorth. In: Die Aktiengesellschaft 1964, S. 323.
- Das geänderte Kartellrecht nach der Novelle 1965. In: Der Betrieb 1965, S. 1035 - 1040.
- Mißbrauch angemeldeter vertikaler Preisempfehlungen. In: Wirtschaft und Wettbewerb 1967, S. 131 - 144.
- Bergler, Georg Markenartikel. In: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, hrsg. von E. v. Beckerath, H. Bente u.a., Bd. 7, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961, S. 125 - 131.
- Absatzwirtschaftliche Probleme in der Körperpflagemittelindustrie. In: Beiträge zur Absatz- und Verbrauchsforschung, Schriftenreihe der Gesellschaft für Konsumforschung, Bd. I, Marktwirtschaft und Verbrauch, Nürnberg 1957, S. 127 - 140.
- Gestaltwandel des Markenartikels. In: Beiträge zur Absatz- und Verbrauchsforschung, Nürnberg 1957, S. 17 - 68.
- Boekle, Hein Manfred Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt vom 16. Januar 1958. In: WuW/E OLG 212 - 214.

- Böckstiegel, Karl-Heinz Richtlinien des Bundeskartellamtes für die Nichtverfolgung unbedeutender Wettbewerbsbeschränkungen? In: Wirtschaft und Wettbewerb 1967, S. 11 - 19.
- Bollack, Gert Die Unterwanderung der Preisbindung durch den Gesetzgeber. In: Wettbewerb in Recht und Praxis 1965, S. 73 - 75.
- Bormann, Hanns H. Die freiwilligen Ketten. In: Der Markenartikel 1960, S. 385 - 394.
- v. Brunn, Johann Heinrich Zweifelsfragen bei der Anmeldung der Preisbindung der zweiten Hand. In: Der Betrieb 1958, S. 129 - 130.
- Buchheister, Hans-Otto Die Abwanderung im Handel. In: Der Markenartikel 1957, S. 666 - 685.
- Bundeskartellamt Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1958/1959/1960, sowie über Lage und Entwicklung in seinem Aufgabengebiet. WuW-Schriftenreihe, Heft 8, Düsseldorf 1961.
- Schreiben des Vorsitzenden der 2. Beschlußabteilung vom 28.12.1959. In: Der Markenartikel 1960, S. 51 (Zitierweise: Schreiben des Vorsitzenden).
- Bundeskartellamt berichtet über sein Wirken im Jahre 1962. In: Der Markenartikel 1963; S. 637 - 644.
- Beschluß des Bundeskartellamtes vom 29.3.1963. In: Der Betrieb 1963, S. 583 - 586.
- Schreiben des Bundeskartellamtes vom 7.12.1962. In: Der Betrieb 1963, S. 859 - 860.
- Der Bericht des Bundeskartellamtes für das Jahr 1963. In: Der Markenartikel 1964, S. 575 - 584.
- Der Bericht des Bundeskartellamtes für das Jahr 1965. In: Der Markenartikel 1966, S. 407 - 414.

Bundesregierung

Stellungnahme der Bundesregierung zu dem Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1959, sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet. Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache Nr. 1795.

Stellungnahme der Bundesregierung zu dem Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1962, sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet. Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache Nr. 1220.

Burmann, H. Fr.

Die werbe- und wettbewerbsrechtliche Problematik bei Preisunterbietungen. In: Der Betrieb 1965, S. 1655 - 1659.

Christl, Artur

Funktion und Leistungen des Tabakwaren-Einzelhandels in kartellrechtlicher Sicht. In: Wettbewerb in Recht und Praxis 1959, S. 229 - 231.

Mißbrauch der Preisbindung durch Preisspaltung (Zugleich ein Beitrag zum Mißbrauch im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). In: Der Betriebs-Berater 1960, S. 297 - 302.

Einzelfragen der Mißbrauchsaufsicht über die Preisbindung. In: Wettbewerb in Recht und Praxis 1962, S. 349-353.

Deutsche Vereinigung
für gewerblichen
Rechtsschutz und Ur-
heberrecht

Mitteilungen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. In: GRUR 1964, S. 661 - 662.

DM. Deutsche Mark

Wir werden abgekocht mit zucker-süßer Marmelade. Jg. 2, Nr. 3, 29.1.1962, S. 37.

Pulverkaffee-Test. Jg. 2, Nr. 4, 12.2.1962, S. 38 - 47.

Saubere Nasen zu gemischten Preisen. Jg. 2, Nr. 6, 12.3.1962, S. 14 - 15.

Lippen müssen kußecht sein. Jg. 2, Nr. 8, 9.4.1962, S. 12 - 14.

Margarine - Test. Jg. 2, Nr. 9, 24.4.1962, S. 32 - 39.

Tagebuch. Jg. 2, Nr. 11, 21.5.1962, S. 62.

DM. Deutsche Mark

Zigaretten-Test. Jg. 2, Nr. 12,
4.6.1962, S. 40 - 46.

Preisringer am Kudamm. Jg. 2,
Nr. 13, 18.6.1962, S. 18 - 22.

Herne: Zweifrontenkrieg. Jg. 2,
Nr. 21, 5.10.1962, S. 4 - 7.

Strumpfhandel. Jg. 3, Nr. 2,
11.1.1963, S. 9 - 12.

Heimsonnen-Test. Jg. 3, Nr. 2,
11.1.1963, S. 32 - 39.

Nagellack-Test. Jg. 3, Nr. 16,
19.4.1963, S. 32 - 39.

Farbfilm-Test. Jg. 3, Nr. 26,
26.6.1963, S. 42 - 47.

Alles nur Marmelade. Jg. 3, Nr. 35,
30.8.1963, S. 14 - 16.

Schokolade-Test. Jg. 3, Nr. 51 - 52,
20.12.1963, S. 35 - 43.

Schwarz-Weiß-Film-Test. Jg. 4,
Nr. 1, 3.1.1964, S. 52 - 55.

Duften Sie, wie Sie wollen. Jg. 4,
Nr. 6, 7.2.1964, S. 26 - 28.

Ei, ich bin billig; komm aus Berlin. Jg. 4, Nr. 19, S. 20 - 22.

Waschpulver-Test. Jg. 6, Nr. 11,
17.3.1966, S. 12 - 18.

Es ist nicht alles gut, was glänzt.
Jg. 6, Nr. 17, 28.4.1966, S. 20 - 24.

Dörinkel, Wolfram

Eidliche Vernehmung von Zeugen im
Rahmen eines Mißbrauchsverfahrens
nach § 17 GWB. In: Der Marken-
artikel 1964, S. 743 - 745.

Droste, Hans

Dürfen die Händler die Hersteller-
marke entfernen? In: Der Marken-
artikel 1953, S. 442 - 449.

Die Regelung der vertikalen Preis-
bindung im neuen Kartellgesetz. In:
Der Betrieb 1958, S. 99 - 102.

Ewald, Heinz

Kontrahierungszwang für preisbin-
dende Hersteller von Markenartikeln?
In: Wettbewerb in Recht und Praxis
1957, S. 252 - 253.

- Ewald, Heinz Diskriminierungsverbot und Wettbewerbsregeln. In: Wettbewerb in Recht und Praxis 1967, S. 311 - 314.
- Fikentscher, Wolfgang Zum Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. In: Wirtschaft und Wettbewerb 1958, S. 257 - 269.
- Franzen, Hans Auslegungsfragen im Recht der Wettbewerbsregeln. In: Wirtschaft und Wettbewerb 1957, S. 741 - 752.
- Gabriel, Siegfried L. Preisbindung und Wettbewerbsordnung. In: Der Markenartikel 1963, S. 330 - 342.
- Gamm, v., Otto-Friedrich Die Durchsetzung der Preisbindung im Verletzungsprozeß. In: Neue Juristische Wochenschrift 1959, S. 964 - 968.
- Geiger, Herbert L. Volkswirtschaftliche Probleme der Wirtschaftswerbung. In: Der Markenartikel 1958, S. 335 - 365.
- Gentz, Günther Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 GWB und § 9 Kart VO. In: Wirtschaft und Wettbewerb 1961, S. 587 - 614.
- Godin, v., Hans Über den Verstoß gegen die wettbewerbsrechtlichen guten Sitten. In: Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1966, S. 127 - 132.
- Günther, Eberhard Preisbindungs- und Preisempfehlungsprobleme. In: Der Markenartikel 1960, S. 420 - 428.
- Gutzler, Helmut Staffelung von Mengenrabatten als Mißbrauch der Preisbindung. In: Der Betriebs-Berater 1967, S. 815 - 817.
- Griesbach, Bernhard Mißbrauchstatbestände bei Preisbindungen. In: Der Markenartikel 1964, S. 917 - 924.
- Haberkorn, Kurt Zum Mißbrauchsbegriff im Kartellrecht. In: Wettbewerb in Recht und Praxis 1965, S. 395.
- Hattemer, Klaus Zweigleisiger Vertrieb - Vorteil oder Gefahr für den Produzenten? In: die absatzwirtschaft 1963, S. 252 - 254.

- Heinen, Edmund Konzentration und Kosten. In: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. 3, Wirkungen und Probleme der Konzentration, hrsg. von Helmut Arndt, Berlin 1960, S. 1633 - 1661.
- Herppich, G. Das Markenbild als Element flexibler Absatzplanung in der Zigarettenindustrie. In: Absatzplanung in der Praxis, hrsg. von E. Gutenberg, Wiesbaden 1962, S. 115 - 140.
- Hiersemann, Walter Preisunterbietungen bei Markenartikeln. In: Wettbewerb in Recht und Praxis 1963, S. 33 - 37.
- Jacob, Herbert und Marlies Preisdifferenzierung bei willkürlicher Teilung des Marktes und ihre Verwirklichung mit Hilfe der Produktdifferenzierung. In: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1962, S. 1 - 15.
- Jacob-Steinorth, Karl Ist der zweigleisige Vertrieb von Markenwaren ein Anzeichen für eine gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigte Preisbindung? In: Wettbewerb in Recht und Praxis 1962, S. 321 - 324.
- Zum Begriff des "erheblich niedrigeren Preises" in § 17 Abs. 1 Satz 2 GWB n.F. In: Wettbewerb in Recht und Praxis 1965, S. 388 - 390.
- Jacobi, Dolf D. Preise, Preisbindung und Bundeskartellamt. In: Der Betriebs-Berater 1961, S. 354 - 356.
- Jagenburg, Walter Die rechtlichen Konsequenzen des zweispurigen Vertriebs von Markenartikeln durch sog. Preisspaltung. In: Der Betrieb 1963, S. 1141 - 1143.
- Kleppner, Otto Der Einfluß der Markenwerbung auf den Einzelhandelspreis. In: Der Volkswirt, Beilage zu Nr. 31, 4.8.1956, S. 42 - 44.
- Köhler, v., Karl-Heinz Das Diskriminierungsverbot im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der Gleichheitssatz. In: Der Betriebs-Berater 1959, S. 689 - 692.
- Kober, Kurt Zur Abgrenzung der beiden Tatbestände des § 26 Abs. 2 GWB. In: Wirtschaft und Wettbewerb 1965, S. 106 - 110.

- Kracht, Friedrich Das Diskriminierungsverbot im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. In: Neue Juristische Wochenschrift 1960, S. 1229 - 1234.
- Krahe, Heinrich Zur Anwendung des Diskriminierungsverbotes auf preisbindende Unternehmen. In: Der Betriebs-Berater 1961, S. 1303 - 1306.
- Langenkamp, Ferdinand Anpassungsmöglichkeiten des Markenartikelvertriebs an die Bedingungen des Gemeinsamen Marktes. In: Der Markenartikel 1966, S. 372 - 382.
- Linhard-Stöhr Zulässigkeit vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. In: Der Betriebs-Berater 1957, S. 1021 - 1024.
- Lisowsky, Arthur Über den Monopolcharakter des Markenartikels. In: Der Markenartikel 1951, S. 209 - 214.
- Löffler-Thümmel Sind "gespaltene" Preise zulässig? In: Der Betriebs-Berater 1957, S. 1094 - 1096.
- Loos, Gerold Preisbindung und horizontale Wettbewerbsbeschränkung im Handel. In: Der Betriebs-Berater 1958, S. 1217 - 1220.
- Lutz, Hans Die Handelsmarke als wettbewerbsrechtliches Problem. In: Der Markenartikel 1938, S. 126 - 133.
- Sind modische Markenwaren preisbindungsfähig? In: Der Markenartikel 1958, S. 709 - 710.
- Zur Kritik am Markenartikel. Eine Antwort an Professor Dr. Fritz W. Meyer. In: Der Markenartikel 1954, S. 539 - 565.
- Was leisten Markenartikel und Handelsmarken? In: Der Markenartikel 1967, S. 577 - 580.
- Lukes Aktuelle Probleme der Preisbindung zweiter Hand und der Preisempfehlung. In: Juristische Schulung 1962, S. 161 - 168 und 215 - 220.
- Markenverband Vertikale Preis- und Vertriebsbindungen im Kartellgesetz. In: Der Markenartikel 1957, S. 425 - 451.

- Markenverband Stellungnahme des Markenverbandes zur Kartellnovelle. In: Der Betrieb 1964, S. 836.
- Vorschläge des Markenverbandes zur Kartellgesetznovelle. In: Der Betrieb 1964, S. 1693.
- Markert, Kurt US-Supreme Court zum zweigleisigen Vertrieb von Markenwaren. In: Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters, Heft 9, 1966, S. 176.
- Martino, Horst Dieter Vorrechte der Preisbinder? In: Der Markenartikel 1964, S. 6 - 12.
- Anmerkung zum Borden-Urteil des Obersten Bundesgerichtes der Vereinigten Staaten. In: Der Markenartikel 1966, S. 542 - 543.
- Was ist der "Graue Markt"? In: Wettbewerb in Recht und Praxis 1967, S. 80 - 82.
- Marzen, Walter Qualitätswettbewerb und technischer Fortschritt bei preisgebundenen Konsumgütern. In: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1963, S. 77 - 88.
- Mellerowicz, Konrad Markenartikel zwischen Industrie und Handel. In: Der Markenartikel 1963, S. 619 - 632.
- Mendels, E. Nivelliert Massenmarkt Wettbewerbsvorteile? Die Absatzkraft des klassischen Markenartikels in den USA. In: die absatzwirtschaft 1963, S. 350 - 354.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim Diskriminierungen, Dirigismus und Wettbewerb. In: Wirtschaft und Wettbewerb 1957, S. 21 - 40 und 92 - 101.
- Miosga, Willy Weitere Entwicklung des Kennzeichnungsrechts. In: Der Markenartikel 1964, S. 281 - 303.
- Miller, M. J. Handelsmarken zur Abwehr fachfremder Geschäfte? In: Der Markenartikel 1957, S. 183 - 184.

- Moser, Hans Zur Gliederung des Nutzens bei Vers-
hofen. In: Jahrbuch der Absatz-
und Verbrauchsforschung 1963,
S. 214 - 231.
- Müller, H. Die Kartellrechtsprobleme des Han-
dels. In: Industriekurier, Ver-
braucher Sonderausgabe zu Nr. 185,
26.11.1964, S. 6.
- Mundthal, K. H. Preisspaltung bei Markenartikeln.
In: Der Verbraucher 1960, S. 70 - 71.
- Reigrotzki, Erich Verbraucherwünsche an die Hersteller
von Markenartikeln. In: Der Marken-
artikel 1964, S. 361 - 366.
- Reimann, Günter Wettbewerb und "gute Sitten". In:
Wirtschaft und Wettbewerb 1957,
S. 621 - 626.
- Rijkens, Paul Der Markenartikel in internationaler
Sicht. In: Der Markenartikel 1953,
S. 721 - 730.
- Risse, Roland Harte Preiskrusten. In: Der Volks-
wirt, Nr. 51/52, 20.12.1958,
S. 67 - 69
- Rittner, Fritz Beschränkung des Kundenkreises. In:
Der Markenartikel 1958, S. 197 - 215.
- Roidl, Walter Aktuelle Rechtsfragen der vertikalen
Preisbindung. In: Der Betriebs-
Berater 1960, S. 1297 - 1299.
- Das Preisbewußtsein entscheidet. In:
Handelsblatt, Nr. 75, 19.4.1961, S.2.
- Röken, Heribert Die Unterscheidung von Fabrik- und
Handelsmarken. In: Der Markenartikel
1955, S. 473 - 485.
- Sandage, C.H. Brand Policy. In: Marketing by
Manufacturers. Ed. by Ch. F. Phillips,
Chicago 1951, S. 299 - 311.
- Schäfer, Erich Absatzwirtschaft. In: Handbuch der
Wirtschaftswissenschaften, 2. Aufl.,
hrsg. von K. Hax und Th. Wessels,
Bd. 1, Köln und Opladen 1966,
S. 277 - 344.
- Schibel, Roland Anmerkung zum BGH-Urteil vom 7.4.1965.
In: Der Betriebs-Berater 1965, S.967.

- Schmidt, Ingo Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen. In: Wirtschaft und Wettbewerb 1963, S. 97 - 106.
- Schott, Barbara Markenartikel im Wettbewerb mit Handelsmarken. In: Der Markenartikel 1967, S. 580 - 588.
- Schwartz, Gustav Echte und unechte Markenartikel. In: Der Volkswirt, Beilage zu Nr.31, 4.8.1956, S. 10 - 15.
- Kontrahierungszwang für preisbindende Markenartikelhersteller? In: Der Markenartikel 1958, S. 51 - 53.
- Steindorff, Ernst Das Verbot der Preisbindung für Markenartikel nach geltendem Recht. In: Der Betriebs-Berater 1955, S. 1001 - 1006.
- DER SPIEGEL Wein-Verschnitt. Nr. 27, 4.7.1962, S. 53.
- Sturm, Albert J. B. Zweierlei Wasser aus der gleichen Quelle. In: Der Markenartikel 1966, S. 805 - 806.
- Völp, Fromut Die Lückenlosigkeit der Preisbindung für Markenartikel. In: Wettbewerb in Recht und Praxis 1958, S. 353 - 363.
- Bundeskartellamt beanstandet zweigleisigen Vertrieb von Markenartikeln. In: Der Markenartikel 1960, S. 47 - 51.
- Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang bei preisgebundenen Markenartikeln. In: Der Markenartikel 1961, S. 279 - 294.
- Markenartikel und Kartellgesetznovelle. In: Wettbewerb in Recht und Praxis 1965, S. 343 - 347.
- Anmerkung von Völp zur BGH-Entscheidung vom 9.11.1967. In: Der Markenartikel 1968, S. 59 - 60.
- Wickern, Joseph Händlermarke und Herstellermarke. In: Markenschutz und Wettbewerb 1939, S. 353 - 357.
- Zwehl, v. Die Preisbindung - ein gegenseitiger Vertrag. In: Der Betriebs-Berater 1966, S. 186 - 188.

o. V.

Untragbare Marktverhältnisse für Benzin. Proteste der Markentankstellen gegen den zweigleisigen Vertrieb. In: Blick durch die Wirtschaft, 15.10.1959, S. 2.

Hussel erweitert das Süßwaren-Filialnetz. Die Firma gilt als die größte ihrer Art in Deutschland. In: Blick durch die Wirtschaft, 22.1.1960, S.1.

Zweigleisiger Vertrieb von Schallplatten. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 14.3.1963, S. 14.

Flaschenbier-Markt schäumt über. Billige Marken unterwandern die Versand- und Ortsbiere. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung. 11.3.1968, S.13.

Zur Aufhebung einer lückenhaft gewordenen Preisbindung gem. § 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 GWB. In: GRUR 1966, S. 582 - 583.

Herstellermarke contra Händlermarke. In: GfK-Sonderdienst 1961, S.165-200.

Disconthandel und Preisbindung. In: Das Fachblatt für Selbstbedienung. Nr. 11, 1967, S. 3 f.

Werden die Händler ihre Waren selbst produzieren? In: Der Markenartikel 1961, S. 76 - 77

Die Irrtümer des Herrn Dr. Caspari. In: Der Markenartikel 1962, S. 15-19.

Zweispuriger Vertrieb von Markenwaren durch sog. Preisspaltung. In: Der Markenartikel 1963, S. 1081.

Zweigleisiger Vertrieb als Mißbrauch der Preisbindungsbefugnis? In: Der Markenartikel 1964, S. 684 - 686.

Gebundener Preis und "Marktpreis". In: Der Markenartikel 1965, S. 609 - 613.

Der Trick mit der Zweigleisigkeit. In: Der Markenartikel 1967, S. 476 - 478.

Aufhebung einer Preisbindung. In: Der Betrieb 1964, S. 910.

Grenzen der Preisunterbietung. In: Der Betrieb 1965, S. 1387.

3. Sonstige Unterlagen

- Bergler, Georg Absatzorganisation und Absatzformen.
Unveröffentlichte Vorlesung.
- Markenverband Rundschreiben des Markenverbandes
an seine Mitgliedsfirmen:
Markenartikel und Handelsmarken in
den USA. Probleme eines zweigleisigen
Vertriebs. Nr. 99/1965, 29.11.1965.
Vertrieb der gleichen Ware teils als
Fabrikmarke, teils als Handelsmarke.
Nr. 82/1966, 27.7.1966.
Lockvogelpolitik der Waren- und
Kaufhäuser. Nr. 89/1966, 8.8.1966.
Gebundener Preis und "Marktpreis".
Nr. 102/1967, 1.9.1967.
- Wickern, Joseph Die Bedeutung der Handelsmarke für
die Lebensmittelfilialbetriebe. Vor-
trag, gehalten auf der 14. Jahres-
tagung der Arbeitsgemeinschaft der
Lebensmittel-Filialbetriebe e.V.
am 15. September 1960 in Baden-Baden.

Entscheidungen des Bundeskartellamtes, Gerichtsentscheidungen und Gesetzesmaterialien sind nur in den Fußnoten des Textes aufgeführt.

L e b e n s l a u f

Andreas S t ö h r

geboren am 20. März 1942 in Lichtenfels
als Sohn des Reichsbahnbeamten Ludwig Stöhr
und seiner Ehefrau Kunigunda, geb. Ebitsch.

Schulbildung und Studium:

1948 - 1953 Volksschule in Lichtenfels

1953 - 1962 Neues Gymnasium in Bamberg,

Reifezeugnis dieser Schule

vom 18. Juli 1962.

Seit dem Sommer-Semester 1963 Studium der Betriebs-
wirtschaft an der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg.

Diplom-Prüfung zu Beginn des Winter-Semesters 1967.

BAMBERGER FOTODRUCK · RUDOLF RODENBUSCH
8600 BAMBERG · Markusplatz 22 · Tel.: 09 51/6 2794